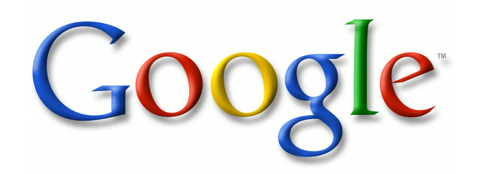
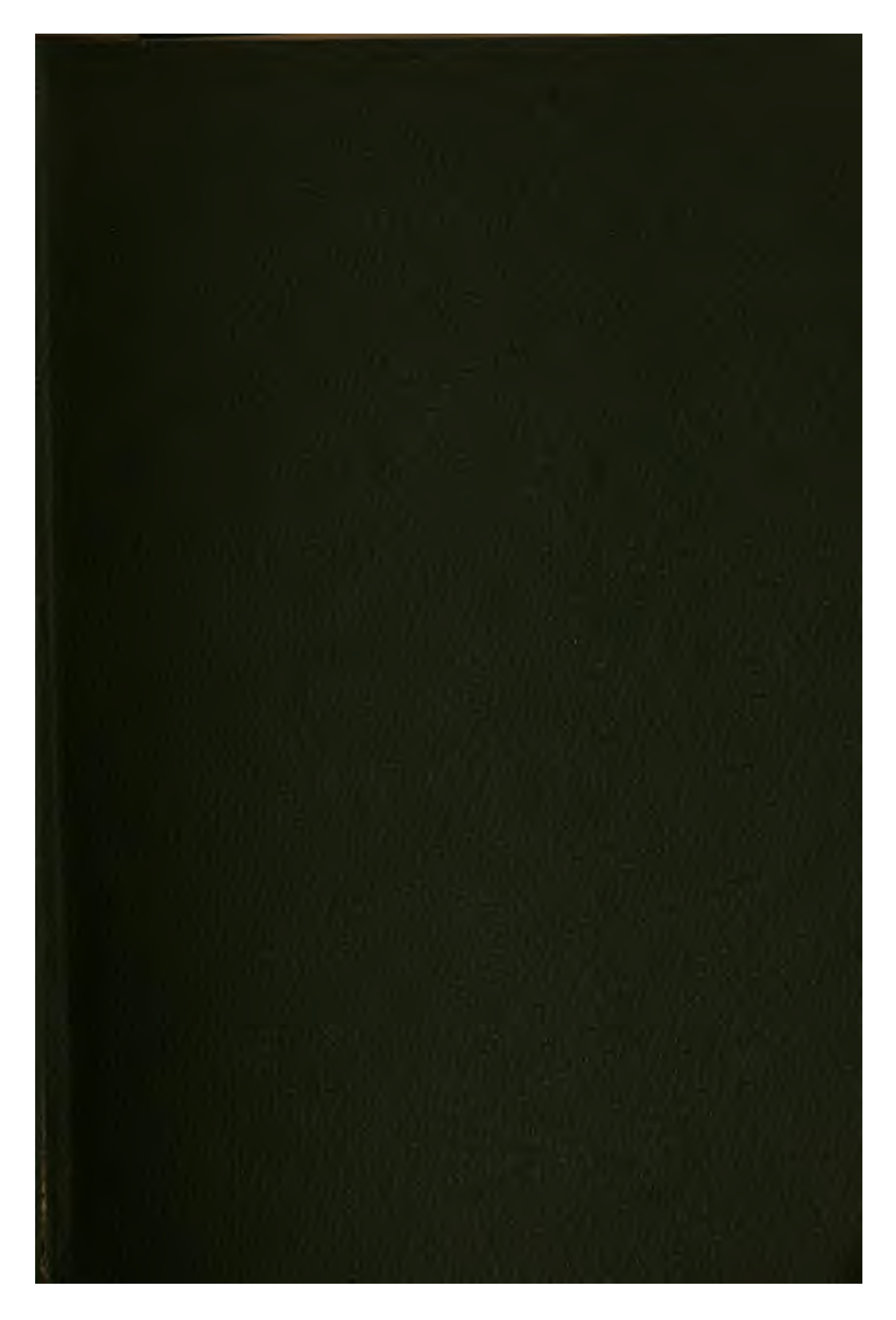




1837
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
E PLURIBUS UNUM
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE



8.—

Die Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts

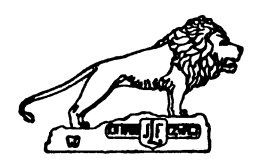
von

Ludwig Kuhlenbeck.

II. Band:

Institutionen II.,

das System des Römischen Privatrechts.



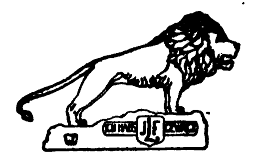
München,

J. F. Lehmanns Verlag.

Das System des Römischen Privatrechts

von

Ludwig Kuhlenbeck.



München,
J. F. Lehmanns Verlag.
[illegible]

Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie., (Inh. Arthur Sellier) München u. Freising.

Inhaltsverzeichnis.

Kapitel III.

Die Rechte der Verwandtschaft. Das Vormundschaftsrecht. Seite

BUCH III.

Das Erbrecht.

Kapitel I.

Allgemeine Grundsätze.

Kapitel II.

Die Verwandtenerbfolge (Intestaterbfolge).

Kapitel III.

Die testamentarische Erbfolge.

Kapitel IV.

Das Noterbrecht und Pflichtteilsrecht.

Kapitel V.

Die Rechtsstellung der Erben. Erbschaftsklagen.

Kapitel VI.

Erbloser Nachlaß (Bona vacantia).

BUCH IV.

Das Sachenrecht.

Kapitel I.

Allgemeines.

Kapitel II.

Eigentum.

Kapitel III.

Der Schutz des Ersitzungsbesitzes.

Kapitel IV.

Der Schutz des juristischen Besitzes.

Kapitel V.

Dingliche Rechte an fremden Sachen (Jura in re aliena).

BUCH V.

Das Obligationenrecht (Recht der Schuldverhältnisse).

Kapitel I.

Einleitung.

Seite

Kapitel II.

Die Verkehrsobligationen.

Kapitel III.

Kontraktsobligationen.

Kapitel IV.

Deliktsobligationen. (Die Privatdelikte des römischen Rechts.)

Kapitel V.

Kapitel VI.

Verlauf der Obligation (Erfüllung, Aufhebung).

Kapitel VII.

Die Verantwortlichkeit des Schuldners. Kontraktliches und außerkontraktliches Verschulden. Der Verzug.

Kapitel VIII.

Das Pfandrecht.

„Alles Menschliche muß erst werden und wachsen
und reifen,
Und von Gestalt zu Gestalt führt es die bildende
Zeit.“ *Schiller.*

„Die **Theorie** jedes natürlichen oder geschichtlichen Gegenstandes ist selbst nichts anderes als eine **philosophische** Betrachtung des Gegenstandes, wobei es bloß darauf ankommt, den lebendigen Keim, der zur **Entwicklung** treibt, oder überhaupt die wahre und eigentliche Natur in ihm zu entdecken.“ *Schelling* II, 1 S. 220.

Einleitung.

Die bleibende Frucht der römischen Rechtsgeschichte, wie sie in großen Umrissen im ersten Bande dieses Werkes dargestellt worden ist, bildet das System des Privatrechts, das als sogenanntes Pandektenrecht weltrechtliche Bedeutung erlangt hat, dessen Kenntnis für das Verständnis aller modernen Privatrechtsordnungen und zumal auf Grund der Rezeption des römischen Rechts im ehemaligen deutschen Reiche, dem römischen Reiche deutscher Nation auch für die entwicklungsgeschichtliche Einführung in das System des heutigen deutschen bürgerlichen Rechts unerläßlich bleibt. Es bildet einen Kulturbestandteil und ein Erziehungsmittel juristischen Denkens und die Grundlage der Rechtsgelehrsamkeit in allen Ländern. Vgl. Bd. I S. 10 ff.

Im Vergleich mit den zahlreichen früheren Darstellungen aus der Zeit, als das Pandektenrecht noch unmittelbare praktische Geltung hatte, wird unsere Aufgabe, dieses System für den Anfänger darzustellen, sich vereinfachen insofern, als sie eine rein geschichtliche bleibt, und uns das Eingehen auf zahlreiche Einzelheiten und Streitfragen erspart, die mit dem Wegfall der unmittelbaren Geltung des Pandektenrechts das praktische Interesse verloren haben. Nur die Grundzüge des Systems werden wir darzustellen haben,

wie sie schon bislang in den Einleitungsvorlesungen, die man im Gegensatz zu den gründlichen Pandektenvorlesungen als Institutionen bezeichnete, geboten wurden. Dagegen liegt die größere Schwierigkeit dieses zweiten Teils der Institutionen in der Wahrung der entwicklungsgeschichtlichen Betrachtungsweise. Jedes System ist ja ein abgeschlossenes Gebäude von Lehrsätzen, in unserem Falle, bei dem geschichtlichen Grundcharakter des Rechts (vgl. Bd. I S. 4 ff.), also von Dogmen, d. h. von Sätzen, die durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht zur Anerkennung gelangt sind. Wird es uns möglich sein, im Rahmen eines Systems den entwicklungsgeschichtlichen Geist des ersten Bandes zu wahren, das Bestreben festzuhalten, überall den Werdegang, „die treibenden Kräfte der Rechtsbildung, den ursächlichen Zusammenhang der verschiedenen Gestaltungen des Rechts zu erforschen"? Liegt nicht die Gefahr nahe, entweder nur die schon so große Zahl dürftiger Institutionen-Grundrisse zu vermehren oder schlimmstenfalls der dogmatischen Darstellung der einzelnen Institute auch noch eine trockenere „Dogmengeschichte" einzuflechten? Dieser Gefahr gegenüber können wir lediglich unseren guten Willen einsetzen. Wenn es nicht gelingen sollte, in allen Teilen des Werkes der ebenso schwierigen, wie neuen Aufgabe, das Interesse am römischen Privatrecht auch in unserer Uebergangszeit durch die entwicklungsgeschichtliche Betrachtungsweise gleichmäßig zu beleben, so müssen wir uns mit dem Satze entschuldigen: In magnis voluisse satis est, und uns mit dem Gedanken trösten, daß der Versuch wenigstens anregend auf andere wirken möge, die in der eingeschlagenen Richtung weiter arbeiten wollen.

Ein richtiges System ist etwas ganz anderes, als eine bloß äußerliche, mehr oder minder zufällige Anordnung von Lehre und Lernstoff. Je mehr ein Wissensgebäude zur Wissenschaft im vornehmsten Sinne wird, um so mehr wird die Form der Darstellung durch den Inhalt und der Inhalt durch die Form bedingt. Ein richtiges System muß sich als ein Gedankenbau darstellen, der sich selbst trägt und in sich selbst zusammenstimmt und in dem, wie in einem klassischen Meisterstück der Architektur selbst scheinbar nur dekorative Bestandteile auch ihre dekorative Wirkung nur der Unterordnung unter die Gesamtidee verdanken. In der Grundwissenschaft, in der Philosophie, zweifelt niemand an dieser großen Bedeutung des logischen Zusammenhangs und auch die sogenannten exakten Wissenschaften haben sich diesem Ideale systematischer Verarbei-

tung ihres Stoffes in rühmenswertem Grade genähert; es gibt nur eine richtige Anordnung mathematischer Lehrsätze. — In der Kosmologie z. B. mußte das System des Kopernikus das unzulängliche System des Ptolemäus verdrängen; auch in anderen Zweigen der Naturwissenschaft, z. B. in der Zoologie und Botanik ist man längst dahin gelangt, die früheren künstlichen Systeme durch natürlichere d. h. dem einzigen richtigen Systeme näher kommende zu ersetzen. Dem gegenüber müssen wir eingestehen, daß kaum eine Wissenschaft von einer sich durch innerliche Folgerichtigkeit rechtfertigenden Anordnung ihres Stoffes zurzeit noch weiter entfernt ist, als die Rechtswissenschaft, und dies gilt selbst für ihren fortgeschrittensten Teil, das Privatrecht. Der Grund liegt davon ebensosehr in der Mannigfaltigkeit des Stoffes als in der wenigstens scheinbar willkürlichen d. h. der menschlichen Einsicht in ihren tieferen Gründen noch vielfach verschleierten, zufälligen Durchkreuzung ursprünglicher Antriebe durch sogenannte positive Eingriffe der geschichtlichen Gewalten (vgl. Bd. I S. 7 ff.).[1]) Wir sehen die Theorie, die ihre unablässigen Bemühungen, neue Rechtssätze dem System oder auch das System neuen Rechtssätzen anzupassen, zutreffend als „konstruieren" bezeichnet, in einem unaufhörlichen Kampfe mit den Bedürfnissen der Gesetzgebung, des Verkehrs (Gewohnheitsrecht) und der Praxis.

Daher kann jedes positive Rechtssystem nur ein Ausgleich zwischen den Anforderungen der Logik und des rein begrifflichen Zusammenhangs einerseits und andrerseits der geschichtlichen Entwicklung und zugleich der Lehrtraditionen sein. Die Logik und der Lehrzweck fordert für die Einführung in das Privatrecht einen sogenannten Allgemeinen Teil, in dem alle Begriffe und Lehrsätze behandelt zu werden pflegen, die das ganze System sozusagen durchdringen, wie die Nerven einen lebendigen Organismus. Sogar zahlreiche moderne Modifikationen des Privatrechts, u. a. auch das deutsche BGB. stellen deshalb einen solchen allgemeinen Teil an die Spitze ihres „Systems". Daß aber ein solcher allgemeiner Teil, so logisch auch der Weg vom Allgemeinen zum Besonderen an und für sich ist, nicht in ein Lehrbuch für Anfänger, nicht in die „Institutionen" gehört, scheint mir ebenso selbstverständlich zu sein, wie man das Studium der Medizin nicht mit der Lehre vom Gehirn und den Nerven beginnen darf, sondern den Knochenbau, die Osteologie an ihre

[1]) „Historisches Werden kehrt sich nicht an schematische Einheitlichkeit" (Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 1901 S. 7).

Spitze stellt. Eine nähere Betrachtung der herkömmlich im allgemeinen Teil der Pandektenlehrbücher behandelten Begriffe und Verhältnisse dürfte sogar ergeben, daß es sich dabei zum nicht geringen Teil um Probleme handelt, die überhaupt nicht der Zuständigkeit der Jurisprudenz als Fachwissenschaft unterstehen, sondern, wie z. B. die Lehre vom Kausalzusammenhang, von der Zurechnungsfähigkeit, der Verantwortlichkeit, vom Verschulden, vom Irrtum, vom Zwange usw., der Philosophie, zumal der Psychologie und nötigenfalls, soweit es sich um wissenschaftliche Grenzregulierungen handelt, der Rechtsphilosophie, jedenfalls aber, soweit letztere dazu nötigt, einer bislang stark vernachlässigten juristischen Prinzipienlehre, einer Theorie der juristischen Grundbegriffe, vorzubehalten ist, die ihrer Schwierigkeit und Bedeutung wegen, wie der Tit. de regulis juris in Justinians Pandektenwerk, eher in das Ende, als in den Anfang des Unterrichts gehört, die ferner ihrer zarten, rein wissenschaftlichen Natur wegen dem plumpen Zugriff des Gesetzgebers ebenso entzogen bleiben sollte, wie das Saitenspiel Apolls den Händen Silens. Das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch zeichnet sich darum nicht zum wenigsten durch den Verzicht auf einen solchen allgemeinen Teil aus. Indem auch wir uns vorbehalten, unsere Anschauungen über die philosophischen, ja sogar über gewisse metaphysische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft und über die ihren sämtlichen Zweigen gemeinsamen Grundbegriffe, schließlich auch über die eigentümlichen Modifikationen dieser Grundbegriffe für das Privatrecht später in einer besonderen Darstellung unserer „psychologischen und rechtsphilosophischen Voraussetzungen und Allgemeinbegriffe“, einer juristischen Prinzipienlehre zu veröffentlichen, verzichten auch wir für das Institutionen-System auf den sogenannten allgemeinen Teil.

Das Zwecksubjekt aller Privatrechte ist der Einzelmensch, der als Rechtssubjekt Person heißt, hieraus ergibt sich für uns als Ausgangspunkt und erstes Buch das sog. Personenrecht d. h. die zusammenhängende Darstellung sowohl der Voraussetzungen, an welche private Rechtsfähigkeit geknüpft ist, als auch ihre etwaigen Abstufungen, der Inhalt des Rechtes der Persönlichkeit, die Handlungsfähigkeit usw. Wir werden dann aber sehen, wie unter Vermittlung des Rechtsbegriffs der „juristischen Person“ auch Personenverbindungen (Kollektivpersonen), ferner sogar bestimmte wirtschaftliche oder gesellschaftliche Zwecke als Subjekte von Privatrechten

in Betracht kommen und, wenn auch in beschränktem Maße, an den sogenannten Personenrechten teilnehmen, d. h. an denjenigen Rechten, die einer Person lediglich auf Grund der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit ohne Rücksicht auf sonstige dauernde oder vorübergehende Beziehungen zu andern Personen und Sachen zustehen.

Die bislang herrschende Tradition des Pandektenrechts ließ dem Personenrecht das Sachenrecht folgen d. h. eine Darstellung derjenigen Rechte, welche einen Gegenstand der Außenwelt unmittelbar der Herrschaft einer Person unterweisen, der sogenannten dinglichen Rechte, die einen absoluten Schutz gegen jedermann genießen, ebenso wie die im ersten Teile behandelten unmittelbaren Rechte der Persönlichkeit. Erst das System des deutschen BGB. hat hievon abweichend das Recht der Schuldverhältnisse, das sogenannte Obligationenrecht des gemeinen Rechts, in den Vordergrund gestellt und in seinem II. Buche erledigt. Maßgebend für die Anordnung des BGB. war bewußtermaßen der rein logische Grund, daß gewisse obligatorische Beziehungen, vorübergehende Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen einer bestimmten anderen Person auch das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht gewissermaßen durchsetzen, wie Adern und Nerven den Gesamtorganismus. Aber immerhin hätte diese rein logische Erwägung nur eine Voranstellung des sogenannten allgemeinen Teils des Obligationenrechts gerechtfertigt. Unserer Ueberzeugung nach ist für diese Voranstellung des Obligationenrechts im BGB. vielmehr, als jener bewußte Beweggrund, eine übermäßige Wertschätzung der Gläubiger- und Schuldnerverhältnisse maßgebend gewesen, wie sie dem kapitalistischen Zeitgeiste entspricht. Ich erblicke darin die äußerste und schärfste Zuspitzung derjenigen privatrechtlichen Anschauung, die das Privatrecht überhaupt fast ausschließlich als Vermögensrecht d. h. als Summe der in Geld schätzbaren subjektiven Rechte des Individuums ansieht. Daß diese Auffassung den Abschluß der Entwicklung des römischen Weltrechts bildet, wenigstens nach seiner Rezeption im Deutschen Reich, ist zwar nicht zu verkennen und tritt schon in der allerdings noch das Sachenrecht dem überwiegend kapitalistischen Obligationenrecht voranstellenden Systematik der Pandektenlehrbücher zutage. Vom entwicklungsgeschichtlichen Standpunkte aus können wir jedoch unmöglich an dieser Anordnung festhalten. Sie ist nur erklärlich durch eine atomistische, mit der Zermalmung der Nationen im römischen Weltreich zur Herrschaft

gelangte Auffassung der Einzelnen. Von tieferen rechtsphilosophischen Erwägungen Abstand nehmend dürfen wir auf den Gesamtinhalt unseres ersten Bandes zurückverweisen, um die bedenkliche Entartung, die in einer solchen Auffassung des Privatrechts liegt, in Erinnerung zu bringen. Auch der Zweck des Privatlebens gipfelt nicht im bloßen Vermögenserwerb, am wenigsten in den sogenannten Schuldverhältnissen. Der Einzelmensch kommt nicht als Atom in die Gesellschaft, sondern als Mitglied einer der vielen Familien, aus deren natürlichem Zusammenhange sein Volk und sein Staat, vorausgesetzt daß es ein Nationalstaat ist, entstand. Der in den „Institutionen“ d. h. in den Anfangsvorlesungen nach Möglichkeit zu wahrende entwicklungsgeschichtliche Standpunkt veranlaßt uns deshalb, das Familienrecht, mit Einschluß des seinen natürlichen Ausgangspunkt bildenden Eherechts, an die zweite Stelle zu setzen. Wie das neue Schweizerische Zivilgesetzbuch, auch hierin eine gesunde Weltanschauung bekundend, in seinem zweiten Teile das Familienrecht behandelt, so werden auch wir im II. Buche unseres Institutionensystems die römisch-rechtliche Entwicklung der Ehe und Familie darstellen, — eine Neuerung von grundsätzlicher Bedeutung.

Wir tragen, hierin ebenfalls durch den Vorgang des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs bestärkt, kein Bedenken, dem Familienrecht als dritten Teil des Systems und somit als Buch III. das Erbrecht folgen zu lassen. Allerdings hat gerade die Entwicklung des römischen Erbrechts schon frühzeitig die Möglichkeit einer einseitigen letztwilligen Verfügung über den Nachlaß zugelassen (Testament, Vermächtnis). Aber auch diese Entwicklung ist nie so weit gegangen, den ursprünglichen aus dem Familieneigentum entspringenden Anspruch eines engeren Kreises der Verwandtschaft ganz zu beseitigen. Vgl. Bd. I S. 54 ff. Der spätere römische Gedanke einer über den Tod hinauswirkenden Privatherrschaft über das Vermögen hat die natürliche Erbrechtsidee[1]) wohl zu ergänzen und künstlich zu erweitern vermocht, aber stets eine Schranke an den aus der Familienzugehörigkeit erwachsenden Pflichten gefunden (Noterbrecht, Pflichtteilsrecht).[2])

Das Sachenrecht muß entsprechend der natürlichen Ent-

---

[1]) „Das Gut rinnt, wie das Blut.“

[2]) Sohm, Institutionen S. 180 nennt deshalb, etwas kühn, das Erbrecht sogar einen Teil „des Familiengüterrechts“.

wicklung dem Obligationenrecht voraufgehen und ist demnach im IV. Buche zu behandeln. Wenngleich das römische Sachenrecht aus Gründen, die erst bei seiner Darstellung verständlich werden können und unter denen die ungenügende Unterscheidung zwischen der Privatherrschaft über Grund und Boden einerseits und andrerseits über bewegliche Sachen das wichtigste ist, eine verhältnismäßig unvollkommene Gestalt gewonnen hat, die zumal im Pfandrecht ihre Schwächen zeigt, so bleibt doch das scharf geprägte römische Eigentumsrecht, bleibt auch die zweckmäßig ausgearbeitete Servitutenordnung, vor allem aber die Besitztheorie des römischen Rechts ein wertvoller Teil des hier zu verzeichnenden Nachlasses der alten Welt.

Der anerkanntermaßen wissenschaftlich bedeutsamste Teil des römisch-rechtlichen Erbes, das Obligationenrecht, kommt somit im V. Buche an das Ende unseres Systems.

Die römischen Juristen selbst legten wenig Wert auf eine streng systematische Anordnung des Rechtsstoffs. Die Methode ihrer wissenschaftlichen Arbeit ist überwiegend kasuistisch, entsprechend ihrem mehr praktischen, als theoretischen Bedürfnis. Die genaue Anordnung der XII Tafeln ist noch nicht gewiß. Eine systematische Darstellung des gesamten Zivilrechts soll als erster A. Mucius Scaevola (Bd. I S. 301) versucht haben, von dem Pomponius (l. 1 § 41 D. de origine juris I, 2) berichtet: jus civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo. Nach Bruns-Lenel, Geschichte und Quellen des römischen Rechts S. 116 kann es sich nur um eine übersichtliche Darstellung im einzelnen gehandelt haben, „durch Zurückführung des Gleichartigen auf allgemeine Kategorien und Scheidung des Ungleichartigen"; im übrigen trug die Anordnung ein durchaus zufälliges und äußerliches Gepräge, wie schon daraus erhellt, daß sie mit dem testamentarischen Erbrecht begann. Gajus kennt eine Dreiteilung des gesamten Rechtsstoffs. Vgl. Gaji, Inst. I, 8, § 12 J. de jure naturae I, 2: Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas attinet, vel ad res, vel ad actiones. In der Hauptsache zeigen auch die Digesten diese Dreiteilung. Dabei bleibt zweifelhaft, ob die Lehre von den Obligationen zum zweiten oder dritten Teile gehören soll; denn der die res behandelnde Teil ist keinenfalls im Sinne des heutigen Sachenrechts zu beschränken. Rechnet man die Obligationen zu den „Sachen", so handelt der erste Teil von den Subjekten der Rechtsverhältnisse, der zweite von den Objekten, der dritte von der Art, wie die subjektiven Rechte vor Gericht geltend gemacht werden. Vgl. Walter, Geschichte des Röm. Rechts, Buch III Kap. 434. Nach den rein exegetischen und kasuistischen Arbeiten der Glossatoren und Postglossatoren wurde Hugues Doneau (Donellus) (1517—1591), neben Cujacius einer der bedeutendsten Vertreter der französischen Rechtsschule, der erste Verfasser eines freieren Systems des römischen Rechts.

In der deutschen sogenannten historischen Rechtsschule treten dann neben

monographischen Arbeiten über einzelne Institute und besondere Teile die systematischen Gesamtdarstellungen in den Vordergrund, besonders in den zahlreichen Pandektenlehrbüchern. Im allgemeinen wurde hier folgende Anordnung beobachtet: I. Allgemeine Lehre (von den Personen und Subjekten der Rechte, von den Rechtsgegenständen oder Sachen, von Entstehung und Endigung der Rechte, Ausübung und Schutz der Rechte). II. Sachenrecht. III. Obligationenrecht. IV. Familienrecht mit Anschluß des Vormundschaftsrechts. V. Erbrecht. — Nur hinsichtlich des Pfandrechts tritt in diesen Pandektensystemen eine Verschiedenheit zutage, indem einzelne Schriftsteller, die akzessorische Natur des römischen Pfandrechts, den Zweck der Sicherung einer Obligation betonend, dieses als Anhang des Obligationenrechts behandeln (z. B. Arndts, Pandekten), andere (z. B. Puchta, Pandekten) es als dingliches Recht dem sachenrechtlichen Teile angliedern.

Die älteren Institutionenlehrbücher sind zum größten Teile nur kurz gefaßte, mit einigen rechtsgeschichtlichen Angaben versehene Darstellungen des Pandektensystems.

Ueber den Wert eines richtigen Systems vgl. u. a. Jung, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts, Berlin 1900. Ueber das Institutionen-System des Gajus vgl. Kübler bei Pauly-Wissowa-Kroll sub ecce Gajus; Pernice in Zeitschr. der Savignystiftung IX, 220.

Buch I.

Personenrecht.

Kapitel I.

Die natürlichen Personen.

Hominum causa omne jus constitutum.
L. 2 D. de statu hominum I, 2.

§ 1. Philosophischer Begriff und Rechtsbegriff der Person.

Schon die von uns im I. Bd. S. 2 gegebene Begriffsbestimmung des Rechts im objektiven Sinne als einer Ordnung des Lebens in der Gesellschaft setzt die Person als letzten Träger des Rechts voraus. Denn die Gesellschaft ist nichts anderes als ein Kreis von Personen, die untereinander in Verkehrsbeziehungen stehen. Der Begriff der Person im rechtlichen Sinne nötigt uns zu einer philosophischen Betrachtung des Wesens der Persönlichkeit, nicht weil der philosophische Begriff der Person sich mit dem rechtswissenschaftlichen deckt, sondern gerade deshalb, weil der rechtswissenschaftliche Begriff der Person den philosophischen, psychologischen zwar ursprünglich voraussetzt, sich aber schließlich doch in seiner fachwissenschaftlichen Bedeutung von ihm abgelöst und verselbständigt hat.

1. Wie alle Geisteswissenschaften, so kann vor allem die Rechtswissenschaft den bekanntlich in der Naturwissenschaft zeitweilig verpönten Zweckgedanken nicht entbehren; sie ist grundsätzliche Teleologie. Wie jede Ordnung, die mehr als ein zufälliger Zusammenhang ist, so setzt die Rechtsordnung Zwecke voraus d. h. Gedanken, welche eben diese bestimmte Ordnung oder Anordnung von Teilen zu einem Ganzen fordern und verwirklichen. Ein Zweckgedanke ist mehr als eine bloße Vorstellung, er ist Einheit von Wille und Vorstellung und wird erst dadurch zur wirkenden Ursache (causa finalis). So führt denn schon der Zweckgedanke als Schöpfer jeglicher Rechtsordnung aus natürlichen und logischen Gründen dazu, jenen philosophisch-psychologischen Begriff an die Spitze des Systems zu stellen, den zwar ein sehr „moderner" Psychologe[1]) als „faktischen Grenzpunkt der Wissenschaft", als „ewiges Rätsel" bezeichnet, der

[1]) Höffding, Psychologie S. 484.

aber schließlich doch das lebendige Band alles Wissens und Willens bildet, den Begriff der Person. Denn jeder Zweck setzt ein Bewußtsein voraus, das ihn sich setzt d. h. ohne eine vorstellende und wollende Bewußtseinseinheit, die sich in Verwirklichung ihrer Zwecke behauptet, sind Zweckgedanken nicht denkbar. Gedanken können nur in einem denkenden Wesen existieren.

Nicht Raum und Zeit bilden, wie Schopenhauer zeitweilig irrtümlich meinte, das von den Scholastikern gesuchte principium individuationis, sondern, wie dies Trendelenburg klarstellt, die Verschiedenheit der Zwecke; mit diesen erst beginnt die Mannigfaltigkeit des Lebens. „Aus dem inneren Zweck folgt die Geschiedenheit in Raum und Zeit, aber aus der Geschiedenheit noch kein wahrhaftes Individuum. Erst mit dem Begriffe des Zweckes im Lebendigen tritt der eigentliche Sinn eines Selbst hervor. Wir leihen (sogar) dem Leblosen von uns aus ein Selbst. — Die Koinzidenz von Kraft und Zweck in demselben Subjekte bedingt den Begriff des Selbst, und erst mit dem Selbst ist das Individuum in höherem Sinne da.“[1])

Die philosophischen Begriffe „Einzelwesen (Individuum)“ und „Person“ bedeuten noch nicht dasselbe; zur Person wird das Einzelwesen erst, wenn es zum Selbstbewußtsein kommt; Selbstbewußtsein, mehr als bloße Selbstempfindung oder Selbstgefühl, ist durch umfassende Erinnerung bedingte denkende, fühlende, wollende Selbstunterscheidung des „Ich“ von der Außenwelt; erst in dieser erlangt die Person Freiheit, Selbstbestimmung. Der Begriff der Persönlichkeit ist also inhaltreicher, als der der Individualität, metaphysisch, psychologisch — und moralisch; „er stellt“, wie Carrière[2]) sagt, die höchste Form des Seienden dar, über die hinaus wir weder denkend ein Anderes voranstellen noch in der Erfahrung ein Anderes finden; Sein, Selbstgefühl und Selbstbewußtsein bezeichnen Urmomente der Persönlichkeit; sie ist objektiv, real, an sich; sie ist subjektiv, ihrer selbst inne, ideal, für sich; sie ist wollend und wissend in Einem, Monade als Spiegel des Universums, wie wir mit Leibnitz (Giordano Bruno) sagen können.“

2. Die geschichtliche Rechtsordnung nun ist eine Schöpfung der menschlichen Persönlichkeiten, näher betrachtet ein Ergebnis des unaufhörlichen Ringens der Einzelwesen um Anerkennung ihrer

[1]) Trendelenburg, Logische Untersuchungen II S. 96.

[2]) M. Carrière, Die sittliche Weltordnung 1874 S. 146 ff.

Persönlichkeit, der „Kampf um's Recht". Hieraus schon ergibt sich, daß der Rechtsbegriff der Person sich mit dem philosophischen nicht deckt; er verhält sich zu ihm, wie ein Teil zum Ganzen. Ob und wieweit es nämlich einer Einzelperson oder einem Kreise von Personen gelungen ist, dem Urrecht ihrer Persönlichkeit gesellschaftliche, positive Geltung zu erkämpfen, ist als Tatfrage nicht a priori zu entscheiden, wie das sog. Naturrecht irrtümlich voraussetzte (vgl. Bd. I S. 4 ff.). Noch mehr aber, — als der lebendige geschichtliche Inhalt des Begriffes „Person" bleibt der rein rechtswissenschaftliche Begriff der Person hinter dem philosophischen zurück. Denn der Jurist versteht unter Person nichts anderes, als den Träger subjektiver Rechte. Persönlichkeit ist ihm gleichbedeutend mit Rechtsfähigkeit, mit der Möglichkeit, Rechte zu haben, als Rechtssubjekt zu gelten; sie erblaßt hier geradezu zu einer logischen Formel, die sich zum inhaltsvolleren philosophischen Begriffe verhält wie eine mathematische Formel zu dem dreidimensionalen Körper, für dessen geometrische Ausmessung sie benützt wird. Das positive Recht kann wirklichen Personen die Möglichkeit, Subjekte von Rechten zu sein, vorenthalten oder beschränken.

Umgekehrt kann ferner die juristische Technik und die mehr als Kunst des Gestaltens (organisatorisch), denn als spekulative Wissenschaft zu schätzende Jurisprudenz diese Gedankenform, diesen zum Schema vergeistigten Begriff der Person verwerten, um neben oder gar über den natürlichen Personen, den Einzelpersonen sowohl sog. Kollektivpersonen zu bilden, als auch gesellschaftliche Zwecke zu „personifizieren, Gebilde der juristischen Konstruktion, die daher mit Recht *κατ' ἐξοχήν* „juristische Personen" genannt werden (Des näheren s. Kap. II).

Zugleich mit der geschichtlichen Entwicklungsfähigkeit des Rechts der Persönlichkeit ist also die Bedingtheit dieses Rechtsbegriffes zutage getreten. Das allgemeine Recht der Persönlichkeit kennt Abstufungen und Grade; es gibt keine absolute Rechtsfähigkeit, Rechtsfähigkeit ist ein Beziehungsbegriff. Das Recht der Persönlichkeit ist ein mit der Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft als solcher verbundenes allgemeines Recht (status) und wird, um seinen Unterschied von den dadurch ermöglichten besonderen Rechten zu betonen, die zumeist übertragbar sind, als Zustandsrecht bezeichnet, weil es sich bei ihm um eine dauernde Lebensbeziehung,

um eine grundsätzlich unabtrennbare (unveräußerliche) Eigenschaft der Person handelt.[1])

a) Im allgemeinen: Es liegt im Interesse der rechtswissenschaftlichen Klarheit, den Rechtsbegriff der Person mit dem philosophischen (psychologischen) nicht zu vermischen, seine zumal in der Lehre von der juristischen Person hervortretende rein technische Bedeutung nicht zu verwischen. Das Gegenteil hat namhafte Juristen zu Unklarheiten und Inkonsequenzen verleitet (Mystizismus in der Lehre von den juristischen, bezeichnenderweise sogar früher sogenannten mystischen Personen). Zu nennen ist hier u. a. Puchta, Pandekten I § 22, Institutionen II §§ 207, 210, der die Person als Subjekt eines rechtlichen Willens definiert; Windscheid, Pandekten I § 49 Anm. 6: „Person ist das mit Selbstbewußtsein und Willensfähigkeit begabte Individuum". Wo bleibt da einerseits der Sklave, andrerseits die juristische Person?

Sehr bedenklich ist es wiederum unter Verkennung des lebendigen geschichtlichen Inhalts, der dem Rechtsbegriffe der Persönlichkeit zukommt, der außerordentlich entwicklungsfähig ist und mit den zunehmenden Interessen wächst, diesen Rechtsbegriff auch nur im Privatrecht als bloße „Vermögensfähigkeit" einzuschränken. Sohm, Institutionen S. 182: „Person im Sinne des Privatrechts ist ein vermögensfähiges Subjekt." Versteht man wenigstens unter Vermögen im wirtschaftlichen Sinne nur Geldwerte, so würde damit das Privatrecht zu einem bloßen Vermögensrecht herabgewürdigt (kapitalistischer Standpunkt).

Seltsamerweise gibt es Juristen, die ein Recht der Persönlichkeit, also dasjenige Recht, das unserer Auffassung nach die Wurzel aller anderen, das Urrecht darstellt, bestreiten; die Voraussetzung aller subjektiven Rechte soll selber kein subjektives Recht sein (Arndts, Pand. § 24 Nr. 2 ziv. Schriften III S. 11, 12); vielleicht hatte Schiller solche Juristen im Auge, als er schrieb: „Jahre lang bedien' ich mich schon meiner Nase zum Riechen, aber hab' ich an sie auch ein erweisliches Recht?" Ihr Argument ist nicht beweiskräftig. Ein Recht kann sehr wohl als solches die Voraussetzung anderer Rechte sein, so z. B. setzt das römische Pfandrecht ein Forderungsrecht voraus. Das Kriterium eines Privatrechts ist der Schutz durch gerichtliche Klage, actio. Die Römer kannten zunächst die Präjudizialklage auf Anerkennung des Persönlichkeitsrechts, actio praejudicialis de statu, daneben eine Klage gegen Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts, die keineswegs mit der heutigen Beleidigungsklage zu verwechselnde actio injuriarum. Vgl. v. Ihering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 23 Nr. 6. Vgl. auch Pernice, Leben II. Bd. II S. 19 ff. Landsberg, Injuria und Beleidigung 1886.

Ein fast komisches Zeichen vermögensrechtlicher zivilistischer Beschränktheit ist es, das Recht der Persönlichkeit als „Eigentum seiner selbst" konstruieren zu wollen (Vangerow, Pand. § 34) und unverständlich, wie Böcking, Inst. § 34 Anm. 12, so etwas auch nur als „anmutige Spekulation" bezeichnen mag. Auch Puchta, Institutionen I § 207 nennt ungeschickt das Recht der Persönlichkeit ein „Recht an der eigenen Person".

---

[1]) Vgl. über den Begriff des Zustandsrechts Bruns-Mitteis, Pandektenrecht § 14, Enzyklopädie von Holzendorff-Kohler I S. 311.

b) Ueber den philosophischen Begriff der Persönlichkeit. Auch von Philosophen wird hin und wider noch Persönlichkeit mit Individualität verwechselt (z. B. von Schopenhauer, Welt als W. u. V. Frauenstädtsche Ausgabe II S. 269 ff., W. II, Buch 2, Kap. 19 Nr. 10). Aber schon indische Philosophie unterscheidet einerseits Ahankara, Persönlichkeit, Ahankriti, persönliches Dasein, andrerseits Atma, Selbst, absolutes Selbst, das „reine Ich“ im Gegensatz zum wandelbaren empirischen Ich. Vgl. Sankaracharya, Palladium der Weisheit. Aus dem Sanskrit übersetzt von Mohini Chattaji, Leipzig (W. Friedrich), Bd. II der „Bibliothek esoterischer Schriften“. Die empirische Persönlichkeit beruht auf dem Gedächtnis und der Stetigkeit des Erinnerns, kann deshalb durch Hirnkrankheiten zeitweilig verschwinden und scheinbar zerstört werden und unterliegt krankhaften Störungen. (Hier liegt der Schlüssel zu einer richtigen Lehre von Zurechnungsfähigkeit und Verantwortlichkeit).

Im übrigen vgl. noch über den Zweckbegriff, seine Bedeutung für alle Wissenschaften und sein Verhältnis zum Willen: vor allem Trendelenburg, Logische Untersuchungen, 3. Aufl. 1870 II. Kap. 9, 10, S. 1—141; Thomas ab Aquino, De veritate Catholicae fidei contra gentiles, op. V. XII, p. 2: Omnium ordinatorum ad finem gubernationis et ordinis regulam ex fine sumi necesse est. Tunc enim una quaeque res optime disponitur, quum ad suum finem convenienter ordinatur. Finis enim est bonum uniuscujusque; v. Ihering, Zweck im Recht II S. 89 ff. Irreleitend bezeichnet leider v. Ihering die „Gesellschaft“ selbst als „Zwecksubjekt des Sittlichen“. (Objektiver, nicht subjektiver Genitiv). Nachdem er vorher scharf betont hat: „Prinzip des Sittlichen kann nicht etwas Unpersönliches, sondern nur die Person, ein lebendes Wesen sein, dessen Zwecke durch das Sittliche gefördert werden sollen“ — Zwecksubjekt (Genitivus subjektivus) —, hätte er deutlicher daran festhalten sollen, daß die „Gesellschaft“ ein bloßer Beziehungsbegriff ist, daß sie zwar etwas Wirkliches, aber doch nur eine Wirklichkeit zweiter Ordnung darstellt, nur um der Einzelwesen (Individuen) willen da ist (vgl. unser Motto zum Kap. I). Um also eine geradezu Hegelsche Hypostasierung (scholastische Verdinglichung oder gar Personifikation einer Abstraktion) zu vermeiden, hätte er sagen müssen: Zwecksubjekt des Sittlichen (genit. subjectiv.) ist nicht der Mensch in seiner Vereinzelung, sondern der gesellschaftliche Mensch. Richtiger und philosophischer Schiller, Ueber die ästhetische Erziehung des Menschen, 4. Brief: „Jeder individuelle Mensch, kann man sagen, trägt der Anlage und Bestimmung nach einen rein idealischen Menschen in sich, mit dessen unveränderlicher Einheit in allen seinen Abwechslungen übereinzustimmen, die große Aufgabe seines Daseins ist. — Ich beziehe mich hier auf die Schrift: Vorlesungen über die Bestimmung des Gelehrten von meinem Freund Fichte, wo sich eine sehr lichtvolle und noch nie auf diesem Wege versuchte Ableitung dieses Satzes findet. — Dieser reine Mensch, der sich mehr oder weniger deutlich in jedem Subjekt zu erkennen gibt, wird repräsentiert durch den Staat, die objektive und gleichsam kanonische Form, in der sich die Mannigfaltigkeit der Subjekte zu vereinigen trachtet.“

Wer sich eingehender für den philosophischen Begriff der Persönlichkeit interessiert, sei hingewiesen auf J. H. Fichte, „Die Idee der Persönlichkeit und der individuellen Fortdauer“, Leipzig 1855; desselben „Psychologie, die

Lehre vom bewußten Geiste des Menschen oder Entwicklungsgeschichte des Bewußtseins", Leipzig 1864. (S. XI daselbst: „Persönlichkeit: Mit diesem Worte bezeichnen alle Sprachen die nur dem Geiste zukommende Eigenschaft, alles ihm Angeeignete und Eingelebte mit Bewußtsein zu durchdringen, es als das Seinige zusammenzufassen, damit aber auch als von ihm freies Selbst darüber zustehen.") Ferner Lotze, Mikrokosmos Bd. 2 S. 154 ff. (daselbst S. 160: „Das Reale ist nichts anderes, als die auf unbegreifliche Weise in der Form wirkungsfähiger Selbständigkeit gesetzte Idee"); derselbe, Grundzüge der Religionsphilosophie, Leipzig 1884, §§ 33—41 (besondere Erörterung der Frage nach der Persönlichkeit Gottes); Carus, Organon der Erkenntnis der Natur und des Geistes S. 33 ff., 218 ff.

c) Zum Rechtsbegriff der Person: Das Wort „Person" in der rechtswissenschaftlichen Bedeutung findet sich erst bei den Byzantinern (z. B. Nov. Theod. XVII, 1 § 2, Theophil. paraphr. III, 17). Die ältere römische Rechtssprache bezeichnet die Fähigkeit, Rechte zu haben, als caput; — der Kopf als Gefäß des Hirns wesentlichster Teil des menschlichen Leibes; man zählt daher in der Kollektiveinheit von Personen nach Köpfen; wer innerhalb einer Rechtsgemeinschaft mitgezählt wird, besitzt innerhalb dieser Rechtsgemeinschaft ein caput, d. h. er gilt als Subjekt, nicht als bloßes Objekt rechtlicher Beziehungen. Es handelt sich also je nach der in Frage kommenden Rechtsgemeinschaft um die Stellung, Zugehörigkeit zu einem Kreise (status). Vgl. § 2 S. 18 unten.

Daß den klassischen Juristen das Wort persona als technischer Ausdruck für Rechtssubjekt noch nicht geläufig war, erhellt daraus, daß sie keinen Anstand nehmen, auch von einer persona servi oder persona servilis zu sprechen. Vgl. Windscheid, Pand. § 49 Nr. 6. Im übrigen s. § 4 J. de cap. deminut. I, 14: Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habet. Eine eigene Ableitung der juristischen Bedeutung des Wortes caput findet sich bei Niebuhr, Röm. Geschichte I Anm. 1280 Aufl. 3; Niebuhr will sie auf die „Rubrik" (caput) jedes Bürgers in den Censuslisten zurückführen. Ihm schließt sich Savigny an (System II Beil. VI S. 484 ff.). Dagegen s. jedoch Puchta, Institutionen II S. 220 Anm. b.

Aus der Literatur zum Rechtsbegriff „Person": Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 74 ff.; Merkel, Jurist. Enzyklopädie §§ 171—190; v. Ihering, Geist des röm. Rechts III, § 61; Pernice, Labeo I 97 ff.; Rosin, Hirths Annalen 1883 S. 286 ff.; Karlowa, Grünhuts Zeitschr. XV S. 381 ff.

Ueber die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „Person" vgl. Gellius, n. a. V, 7. (Gavius Bassus de origine verborum: a per-sonando); vgl. dazu Böcking, Institutionen § 12 Anm. 1: persona = Maske; „die Uebertragung dieses Begriffes auf den einzelnen Menschen in seinem Verhältnisse zu anderen beruht darauf, daß jener als Individuum sich durch Physiognomie, facies (das charakteristische Aeußere des Menschen) erkennen läßt"; geistreicher Carus, Psyche S. 9: „Dasjenige Lebendige, aus welchem der göttliche Hauch vernehmbar in Tat und Wort, wie die Stimme des antiken Schauspielers durch seine Maske, hervor- und heraustönt, gibt uns allein den Begriff eines nach höherem Vernehmen (Vernunft) sich selbst bestimmenden Individuums d. i. einer Person." Tiefere Bedeutung erlangt die unbewußte Philosophie der Wortbildung in der

von mir selbst (Im Hochland der Gedankenwelt S. 89 f.) dargelegten Annahme einer „dramatischen Spaltung des Weltsubjekts".

Die französische Sprache unterscheidet personne, personnalité und personnage, wobei nur das letztere Wort jenen verächtlichen Nebensinn hat, den die Worte „Person" und „Persönlichkeit" auf Grund einer die Minderwertigkeit als Regel kennzeichnenden Menschenkenntnis in der deutschen Umgangssprache erlangt haben.

§ 2. Beginn und Ende der Rechtspersönlichkeit.

1. Beginn: Selbstverständlich kann die Rechtspersönlichkeit erst mit der Geburt eines zum selbständigen Dasein fähigen menschlichen Wesens beginnen. Eine Persönlichkeit im psychologischen Sinne ist freilich auch durch diese Tatsache noch lange nicht gegeben; diese ist erst das Entwicklungsziel, dem das Kind zustrebt und dessen Erreichung durch mannigfache innere und äußere Umstände bedingt ist. Der Rechtsbegriff der Person ist aber, wie wir gesehen haben, durchaus willkürlich und kann sich daher mit dieser einen Tatsache begnügen. Die modernsten Privatrechtsordnungen, die keine Sklaverei kennen, fordern denn auch keine andere Voraussetzung. Vgl. BGB. § 1; Schweizer. Zivilgesetzb. § 11. Dieser Grundsatz der allgemeinen menschlichen Privatrechtsfähigkeit ist erst das Ergebnis eines sehr langsamen Wandels der Rechtsanschauung.

Im System der Urzeit des römischen Rechts erlangte das neugeborene Kind seine Rechtsfähigkeit d. h. seine Zugehörigkeit zu dem damals ausschließlich Rechte gewährleistenden Familienkreise (status familiae, caput familiae) erst durch einen besonderen feierlichen Rechtsakt, durch Aufnahme von seiten des Familienvaters, des Hausherrn. Der Hausherr wird dem unter unverdächtigen Umständen von seiner Ehefran geborenen gesunden Kinde diese Aufnahme in der Regel nicht ohne besondere Zustimmung des Familienrats verweigert haben (vgl. Bd. I S. 106). Rechtlich war er dazu nicht verpflichtet.

Wie das jus vitae et necis der väterlichen Gewalt, so hat dieses allen arischen Völkern gemeinsame Anerkennungsrecht des Vaters auch im nationalen System des römischen Zivilrechts und selbst im System des jus gentium (des Weltrechts) so lange bestanden, bis es durch die obervormundschaftliche kaiserliche Gesetzgebung mit Rücksicht auf die zunehmende sittliche Entartung (vgl. unten S. 25), auch wohl unter dem Einflusse des christlichen Humanitätsgefühls beseitigt worden ist (vgl. Bd. I S. 347, — Constantin).

Vorausgesetzt wurde eine richtige Geburt. Eine sogenannte Fehlgeburt, abortus, vorzeitige Entfernung einer nicht ausgereiften Leibesfrucht fiel nicht unter den Begriff; davon abgesehen war es nach römischem Rechte gleichgültig, ob das Kind dauernde Lebensfähigkeit besaß oder nicht; wenigstens ist den klassischen Juristen die erst unter den modernen Romanisten auftauchende Streitfrage des Erfordernisses der sogenannten Vitalität unbekannt; sie scheinen den durchaus praktischen Standpunkt eingenommen zu haben, daß eine für die Aenderung privatrechtlicher Verhältnisse so wichtige Tatsache nicht dem schwankenden Gutachten der Aerzte über einen sehr dehnbaren Begriff überlassen werden dürfe. Auch die zeitlich noch so kurz bemessene Existenz des Neugebornen kann in die Rechtsverhältnisse eines Familienkreises eingreifen —, vor allem in erbrechtlicher Hinsicht; so z. B. vernichtete nach dem Erbrechte der jus civile ein nachgeborenes Kind, welches in dem Testamente übergangen (präteriert) war, das Testament des Vaters selbst dann, wenn es nach wenigen Augenblicken starb. Die Prokulianer wollten in dem Bestreben, diese Vernichtung eines Testaments in allen Fällen, in denen sie kein Interesse für den Uebergangenen hatte, einzuschränken, den Beweis der Geburt durch Erfordernis des bekanntlich mit dem Einsetzen der Lungentätigkeit regelmäßig eintretenden Schreiens erschweren und hielten jeden anderen Beweis des Lebens eines bald nach der Geburt verstorbenen Kindes für unzulässig. Justinian hat sich für die entgegengesetzte Meinung der Sabinianer erklärt. (Lungenprobe, Leben heißt Atmen).

Vor der Geburt, vom Augenblick der Empfängnis an befindet sich das keimende Leben in dem nicht nur physiologisch, sondern auch rechtlich interessanten Uebergange vom Nichtsein zum Sein, dem sogenannten Schwebezustande des Werdens. Die Rechtsordnung hat auch bedingte Rechte, die zwischen Sein und Nichtsein schweben (in pendenti sunt) zu berücksichtigen; sie wendet daher auch dem keimenden Leben ihre Fürsorge zu. Die Abtreibung der Leibesfrucht war schon zur Zeit der Republik strafbar und selbstverständlich ist das Motiv solcher Strafbestimmungen neben dem öffentlichen Wohle, dem Zwecke der Volksvermehrung, der Schutz des keimenden Lebens selbst. Zivilrechtlich fand dieser vorgeburtliche Rechtsschutz seine Anerkennung mit dem Satze: nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ejus quaeritur. Zutreffend bemerkt Regelsberger, Pandekten S. 242, daß

darin keine Beilegung der „Persönlichkeit“ (Fiktion) zu finden ist vielmehr nur die Erteilung eines Rechtsschutzes, den die Rechtsordnung auch sonst dem Künftigen z. B. bedingten Rechtsverhältnissen, bedingten Ansprüchen zuerkennt.

2. Ende: Die Rechtspersönlichkeit endet mit dem Tode. Der Glaube an das Fortleben der Seele hatte keinen Einfluß auf die Gestaltung der irdischen Rechtsverhältnisse (jus); der seltsame Gedanke eines gewissermaßen latenten Fortbestehens der vermögensrechtlichen Persönlichkeit, welchen z. B. Puchta vertritt und (Pand. § 446) folgendermaßen ausdrückt: „Das hinterlassene Vermögen selbst trägt eine Persönlichkeit in sich und dies ist die fingierte des Verstorbenen“, wird von uns später bei der Erörterung der sogenannten hereditas jacens (Buch III) zurückgewiesen werden.

Wie bedeutsam aber der animistische Unsterblichkeitsglaube in seiner antiken Lebendigkeit für das geistliche Recht (fas) gewesen ist, zeigt Bd. I B. I § 3 (S. 46 ff.) dieses Werks; eine gewisse Rückwirkung dieser fas-rechtlichen Fortdauer der Person auf weltliches Recht wird auch noch in diesem Bande bei einzelnen sachenrechtlichen Verhältnissen (res religiosae), sowie im Erbrechte näher zu erörtern sein. Nach römischem Rechte konnte aber die Rechtspersönlichkeit, wie sie durch einen Rechtsakt verliehen war, auch schon vor dem Tode durch einen Rechtsakt wieder aberkannt werden (capitis deminutio).

Vollkommene Rechtsfähigkeit besaß nach der Lehre der klassischen Juristen nur, wer eine Stellung (status) in drei Rechtskreisen einnahm: 1. im umfassenden Kreise aller freien Menschen; er mußte frei, durfte nicht Sklave sein (status libertatis); 2. im engeren Kreise der Nation; er mußte Bürger sein (status civitatis); 3. im Kreise einer Familie und zwar als Haupt einer Familie; er durfte nicht in der väterlichen Gewalt eines anderen stehen (status familiae). Diese drei Kreise und die ihnen entsprechenden Stufen der Rechtsfähigkeit erklären sich aus dem Werdegang des römischen Privatrechts. Vgl. Bd. I dieses Werks, insbesondere Buch I §§ 2—5, II Kap. 2 § 2 S. 128 f.

Im Rechte der Urzeit erstreckte sich die Rechtsfähigkeit nicht weiter, als der Familienverbindung, der agnatische Verband; man besaß anerkannte Rechte nur im Kreise seiner Sippschaft; der Austritt aus dem Familienverbande (des gens) bedeutete damals völlige Rechtlosigkeit; die spätere capitis deminutio minima war damals

capitis deminutio schlechthin, stand der späteren capitis deminutio maxima gleich. Mit der Bildung des Staates (civitas), vor allem durch den ersten Ständekampf entstand eine weitere Rechtsgenossenschaft, deren Kreis nunmehr die Urzellen der einzelnen Familien umschloß. Die Zugehörigkeit zu diesem weiteren Kreise wurde unabhängig von der Zugehörigkeit zum engeren einer gens. Lange Zeit aber bildete noch die Zugehörigkeit zu dem weiteren Kreise der civitas, das Bürgerrecht, die ausschließliche Bedingung der Rechtsfähigkeit und die Furchtbarkeit des Exils beruhte ja gerade darauf, daß die Loslösung vom Staate völlige Rechtlosigkeit nach sich zog, da der Fremde, soweit ihn kein fas-rechtliches hospitium schützte, keinerlei Rechtsschutz beanspruchen konnte (Bd. I S. 67 ff.).

Erst mit der Ausbildung des Weltrechts (jus gentium) gelangten die Juristen unter dem Einflusse philosophischer (naturrechtlicher) Gedanken zum Begriffe einer allgemeinen sozusagen internationalen Privatrechtsfähigkeit, die von der Zugehörigkeit zum römischen Staate unabhängig war, an der auch der Nichtbürger teilnahm, solange er nicht die Freiheit eingebüßt hatte; jetzt erst legte sich um die beiden bislang dargestellten Rechtskreise des status familiae und des status civitatis als dritter umfassender und selbständiger Rechtskreis derjenige des status libertatis. Mit der Bildung jedes dieser weiteren Rechtskreise verlor der eingeschlossene seine ausschließliche (exklusive) Bedeutung. Nach dem Abschlusse dieser Entwicklung galt daher der Verlust der Familienzugehörigkeit, wie er beispielsweise durch Emanzipation oder Arrogation erfolgen konnte, als bloße capitis deminutio minima, da der status civitatis und libertatis dadurch nicht verloren ging; der Verlust des Bürgerrechts heißt jetzt capitis deminutio media und erst die Knechtung, der Verlust der Freiheit, wird zur capitis deminutio maxima. Vgl. Bd. I S. 129, 130.

a) Aufnahmeakt. Vgl. Duruy, Geschichte des röm. Kaisertums III, 7: Im römischen Hause wurde das neugeborene Kind zu den Füßen des Hausvaters niedergelegt. Nahm er es auf, so galt es fortan als anerkanntes Glied der Familie; ließ er es liegen, so bedeutete dies Versagung der Anerkennung. „Dann wird das arme Wesen ausgesetzt, um entweder schnell zu sterben oder irgendeinem Sklavenhändler in die Hände fallen, der es aufzieht, um es später in die Sklaverei zu verkaufen. — Rom wollte lange Zeit nur kräftige Soldaten und leistungsfähige Bauern haben. — War der Vater zur Zeit der Geburt abwesend, so wurde die Entscheidung bis zu seiner Rückkehr vertagt und das neugeborene Geschöpf einstweilen aufgezogen. Zuweilen jedoch gab der Vater seine Zustimmung schon vor seiner Abreise. Formel: Quod erit gnatum me absente tollito. Vgl. Plautus, Amph. 501. Vgl. auch Ovid, Metam IX, 678 ff.:

„Zwiefach ist mein Wunsch, daß wenig Schmerzen du leidest
Und mir ein Knäblein bringst! Das andre Geschlecht ist zur Bürde,
Und es versagt uns das Mittel zum Glück. Wenn also — der Himmel
Wahre davor! — Du ein Mädchen gebierst, — mit weigerndem Herzen
Sag' ich es — Macht der Gefühle vergib! — so sei es getötet!"

Wie bei den meisten Naturvölkern, wie auch noch bei den Chinesen, machte sich also auch bei den Römern hier eine Geringschätzung des weiblichen Geschlechts geltend. Vgl. auch noch Apulejus, Metam. X: Pater peregre proficiscens mandavit uxori suae, . . . ut si sexus sequioris edidisset foetum . . necaretur.

b) Mißgeburt. Wie es selbstverständlich ist, daß ein lebendiges Kind zur Welt gekommen sein muß, ebenso selbstverständlich ist es, daß das geborene Geschöpf sich durch menschliche Gestalt als berechtigtes Mitglied der menschlichen Gesellschaft bezeugen muß, keine Mißgeburt (monstrum) sein darf. Solange der Hausvater das Recht der Aufnahme hatte, war es selbstverständlich, daß er es im Sinne einer bewußten Auslese ausübte. Vgl. Seneca, De ira I, 15: Portentosos foetus extinguimus liberosque, si debiles monstrosique editi sunt, mergimus. In der Beurteilung dieser Voraussetzung hat sich freilich ebenfalls ein bemerkenswerter Wandel der Kulturanschauung unter dem Einfluß der sogenannten Humanitätsidee vollzogen. Justinian hielt noch an der römischen Anschauung fest. Vgl. L. 3 § 1 Cod. de post. her. 6, 29:

Imp. Justinianus A. Joanni PP. Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is qui ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui si ad lucem fuerit redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset, et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, et si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est: licet illico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum rumpi: hoc tantum modo requirendo, si vivus ad orbem totum processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium. Datum 15 Kal. Decembr. Constantinop. Lampadis et Oreste VV. CC. Conss. 530. — L. 38 D. de v. s. 50, 16: Ulpianus libro 25 ad ed. „Ostentum" Labeo definit omne contra naturam cujusque rei genitum factumque. duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quia naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci φαντάσματα vocant.

Einen Uebergang zu der augenblicklich herrschenden, gerade durch ihre Weichlichkeit grausam werdenden Anschauung — denn was ist grausamer, eine Mißgeburt zu erhalten oder sie zu vernichten? — bildet das Preuß. Allg. Landrecht I, 1 § 17: „Geburten ohne menschliche Form und Bildung haben auf Familien- und bürgerliche Rechte keinen Anspruch". § 18: „Insofern aber dergleichen Mißgeburten leben, müssen sie nach § 11 ernährt und soviel als möglich erhalten werden." Vgl. auch Bayr. LR. I, 3 § 2 N. 5, Sächs. BGB. § 83.

Das deutsche BGB. will dagegen, wenn man den „Motiven" Glauben schenkt, der Mißgeburt sogar volle Privatrechtsfähigkeit zubilligen, und in der Tat ist dies die Praxis der Gegenwart, die selbst auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts den alten deutschen Grundsatz verleugnet:

„Uffe altvile unde uppe dverge
ne irstirft weder len noch erve
noch uppe kropelkint.
Sve denne de erven sint unde ire nesten mage,
de sollen se halden in irer plage" (*Sachsenspiegel, Art. 4*).

Wohin die Verleugnung dieses Grundsatzes führt, dafür bekannte Beispiele aus Geschichte und Gegenwart vorzubringen, wäre überflüssig und überdies abstoßend. In der jungen Wissenschaft der politischen Anthropologie sind glücklicherweise Anzeichen dafür vorhanden, daß hier und da wieder das Verständnis für das Gesetz der Auslese dämmert, welches Justus Moser bereits klar erkannte. (Vgl. Kuhlenbeck, Natürliche Grundlagen des Rechts und der Politik, S. 82 ff.)

b) Fehlgeburt, Vitalität: Als Fehlgeburt galt jede vor dem siebenten Monate der Schwangerschaft eintretende Geburt. Paulus, Sententiae receptae IV, tit. 9 § 5: Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythogoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur. — Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur.

Für das Erfordernis der Lebensfähigkeit treten u. a. ein Windscheid, Pand. § 52 N. 8, Dernburg, Pand. I § 50. Dagegen v. Savigny II S. 385 ff. Sarrazin, Diss. de partu vivo non vitali, Berlin 1870 (gegen die ebenso betitelte Schrift Wächters, progr. Lipsiae 1863), deutsch in ausführlichem Auszug von Fitting in ziv. Arch. I S. 1—26. Das englische Recht verlangt nach Salmond, Jurisprudence, London 1902 S. 342, daß der „postumus" wenigstens eine Stunde lang gelebt habe.

c) Nasciturus pro jam nato habetur: cf. L. 7, 26 D. de statu hominum 1, 5; l. 3 D. si pars hered. 5, 4; l. 30 § 1, l. 84 D. de adqu. vel omittenda hered. 29, 2; l. 3 § 9 D. de suis 38, 16; l. 20 D. de tut. et curat. 2b, 5 (curator ventris, Pflegschaft).

d) Beweis der Geburt und des Todes: Heutzutage dienen diesem Beweise die Bücher des Standesamts; für ältere Geburten sind die Kirchenbücher aufzuschlagen.

Im römischen Reiche dienten zum Beweise der Entstehung der Persönlichkeit und des status die Censuslisten, die Steuerrollen, seit Marc Aurel auch besondere Geburtsregister. Vgl. Duruy, Geschichte des römischen Kaiserreichs III, 3; Niebuhr, Römische Geschichte I S. 417. Alle Neugeborenen wurden im Tempel der Lucina, der Geburtsgöttin, eingeschrieben; alle, die in das Jünglingsalter traten, in dem der Juventas, der Göttin der Jungmannschaft, alle Verstorbenen in dem der Libitina. Die Römer kannten nicht das den Beweis des Todes in Zweifelsfällen so sehr erleichternde deutsche rechtliche Institut der Todeserklärung Verschollener (deutsches BGB. §§ 13—19, Schweizer. Zivilgesetzbuch §§ 33—51; Code civil Art. 115—140). Vgl. dazu Regelsberger, Pand. S. 249: „Vermutlich lag die Hilfe in der freien Beweiswürdigung, vermöge deren der Richter sich mit einer aus den Umständen folgenden Wahrscheinlichkeit begnügen konnte." Ueber die gemeinrechtliche Entstehung dieses Rechtsinstituts vgl. Bruns in Bekkers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts I, 5.

§ 3. Die Knechtschaft und das Recht der Freilassung.

Servitutem mortalitati fere comparamus.
Ulpian, l. 209 D. de R. J. 50, 17.

I. Im allgemeinen. Hätte die Sklaverei bei den Römern von Anfang an und immer das Gepräge getragen, mit dem ihr theoretischer privatrechtlicher Begriff schließlich abgestempelt worden ist, so würde der Inhalt dieses Paragraphen erst im sachenrechtlichen Teile unseres Systems, also im IV. Buche zu bringen sein. Es genügt aber eine Rückverweisung auf Bd. I S. 44, S. 56 ff., um auch die Sklaverei, obwohl oder vielmehr gerade weil sie durch Aberkennung des Persönlichkeitsrechts entstand, als Teil des Personenrechts einzustellen. Freilich gehörte sie, solange sie als bloße Knechtschaft noch nicht in eigentliche Sklaverei ausgeartet war, für die natürliche Auffassung eher zum Familienrecht. Da jedoch im Verlauf der Rechtsentwicklung der ursprünglich rein familienrechtliche Stand der Sklaverei (servus familiaris) vollständig überwuchert wurde durch die rein kapitalistische Sklavereiwirtschaft, sind wir genötigt, die römische Sklavenordnung schon im Personenrecht zu erledigen.

Für die älteste Rechtsanschauung war die Herrschaft über die Sklaven eine besondere Verzweigung des Urrechts der Gewalt über Personen und Sachen (manus, Bd. I S. 43 f.). Die personenrechtliche Natur der Sklavenherrschaft tritt auch noch bei Gajus und in den Institutionen Justinians hervor;[1]) sie erklärt auch, daß selbst

---

[1]) Vgl. pr. J. I, 3: summa divisio personarum.

- I. servi
- II. liberi: a) ingenui
  - b) libertini
    - 1. cives Romani
    - 2. Latini Juniani
    - 2. Dediticii.

Vgl. pr. J. de his, qui I, 8:
alia divisio personarum:

- I. sui juris.
- II. alieno juri subjecti:
  - a) in potestate: α) dominorum
    - β) parentum
  - b) sub manu mariti
  - c) in mancipio.

Dazu vgl. Bd. I S. 44.

ein herrenloser Sklave Sklave blieb und keineswegs für frei galt; seine personenrechtliche Stellung war also nicht allein durch die dominica potestas bestimmt. Erst im weiteren Verlaufe der wirtschaftlichen Entwicklung hat auch die Rechtsauffassung die vermögensrechtliche Seite des Sklaventums von der rein persönlichen schärfer geschieden; allmählich erst erlangte das Sachenrecht zum Nachteil des Sklaven für ihn größere Bedeutung; er wurde allen Möglichkeiten des Sachenrechts, z. B. der Möglichkeit des Miteigentums, der bonae fidei possessio, der Teilung des quiritarischen und bonitarischen Eigentums, der Bestellung eines Nießbrauchs, eines Pfandrechts, der Dereliktion usw. preisgegeben. Immerhin bemerkenswerten Schutz bot ihm von Anfang an das geistliche Recht (fas). Vgl. Bd. I S. 57. (Diana galt als Schutzgöttin der Sklaven). Auch die Sitte hielt den Sklaven, wenngleich er „nichts als Mensch", nämlich homo (= Sklave)[1]) war, von dem Kreise der übrigen bloßen Rechtssubjekte gesondert.

Im republikanischen Zeitalter (System des jus civile) bildete der Censor eine sittenpolizeiliche Schutzinstanz gegen den Mißbrauch der Herrengewalt über Sklaven; sodann erweiterte der Prätor, zunächst freilich im Interesse der Herren selbst, die Geschäftsfähigkeit der Sklaven durch Einführung gewisser prätorischer Kontraktsklagen (actio, quod jussu, exercitoria, institutoria, de peculio;[2]) der Sklave galt dabei als geschäftlicher Stellvertreter seines Herrn

---

[1]) Vgl. Hasner, Philosophie des Rechts 1851 § 215. Wenn der Sklave in den Quellen vorzugsweise homo genannt wird, so ist der Sinn dieses Sprachgebrauchs weniger darauf gerichtet, das Menschliche an ihm im Gegensatz zum Sachlichen zu betonen, als vielmehr auf den Mangel der Rechtsfähigkeit hinzuweisen, der den bloßen Menschen im Gegensatz zum Bürger kennzeichnet; der Sklave ist nichts als homo d. h. nach antiker Auffassung rechtlos, sowie der Freie nichts als Bürger war. Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III S. 168. Vgl. u. a. auch Fischer, Rechtswidrigkeit 1911 S. 14 Anm. 5 (und Bierling, Kritik II S. 123 f., JurPrL. I S. 189): Man wird dem antiken Rechte schwerlich gerecht, wenn man den Sklaven nur als Sache denkt.

„Zwar paßt die Noxalhaftung des Herrn noch zum Sachcharakter des Sklaven, da aber der römische Sklave auch von jeher dem öffentlichen Strafrecht unterstellt war (vgl. im einzelnen Mommsen, Römisches Strafrecht 1899 S. 80 ff.); muß man ihn insofern allerdings als Pflichtensubjekt anerkennen. — Durch die christlich-römische Kaisergesetzgebung wurde der Sklave auch im übrigen zu einem beschränkten Rechtssubjekt erhoben."

[2]) Dazu vgl. vor allem Girard, Geschichte und System des römischen Rechts S. 108 ff.

im rechtlichen Verkehr und diese Stellvertretung ging soweit, daß er selbst im Testament zum Erben ernannt werden konnte lediglich, um die Erbschaft im Rechtssinne auf seinen Herrn übergehen zu lassen (Richter und Schneiders Jahrb. 1840 S. 685). So konnten zahlreiche Sklaven eine wirtschaftliche Selbständigkeit erlangen, die ihre rechtliche Unselbständigkeit im Verkehr in den Hintergrund schob. Die Kaiserzeit zeitigte dann sogar besondere Gesetze zum Schutz der Persönlichkeit des Sklaven. „Gesetze“, sagt zutreffend Bismarck,[1]) „sind wie Arzneien, gewöhnlich nur Heilmittel gegen eine Krankheit“; die patriarchalischen Beziehungen der früheren Zeit, wie sie zwischen den alten Römern und ihren Kriegsgefangenen bestanden hatten, waren vielfach durch ein Verhältnis ersetzt, das der Negersklaverei in der Plantagenwirtschaft ähnlich war; auch lieferte die zunehmende sittliche Entartung Fälle von ungewöhnlich grausamer Behandlung, welche die öffentliche Meinung herausforderten. Aehnlich wie nun die großkapitalistische Fabrikwirtschaft eine besondere Arbeiterschutzgesetzgebung ins Dasein gerufen hat, eine Folge des Schwindens der ehemaligen für beide Teile angenehmeren patriarchalischen Verhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sehen wir, daß in der römischen Kaiserzeit Sklavenschutzgesetze erlassen werden. Puchta (Institutionen II S. 454, 4. Aufl.) meint zwar, daß diese kaiserlichen Schutzgesetze nur mit anderen aus sittlichen und ökonomischen Gründen gerechtfertigten Einschränkungen des Eigentums zu vergleichen seien, gibt indessen zu, daß das Prinzip völliger Rechtlosigkeit des Sklaven nicht unbeschränkt gelten konnte, daß „die natürliche Anschauung mächtiger gewesen sei, als das Interesse, das die Römer zur einfachen Vernichtung der Persönlichkeit in Wesen gleicher Art hinführte“; — wie reimt sich übrigens mit der rein sachenrechtlichen Auffassung jener Gesetze bei Puchta die dem Sklaven gegebene Befugnis, seine Klage selbst bei der Behörde anzubringen, welche dann, freilich im sogenannten Extraordinarverfahren (Bd. I S. 324 ff.) den Fall untersuchte und entschied?

Die lex Petronia (19 v. Chr.) verbot, Sklaven ohne besondere obrigkeitliche Genehmigung zum Kampf mit wilden Tieren preiszugeben. Ein Edikt des Kaisers Claudius sprach den Sklaven, die ihr Herr wegen Krankheit aussetzte, die Freiheit zu, bestrafte die

---

[1]) Herrenhausrede vom 6. März 1872.

Tötung eines zur Last gewordenen Sklaven; Antoninus Pius ermächtigte durch eine Konstitution die Obrigkeit, grausame Herren zum Verkauf derjenigen Sklaven zu zwingen, deren Beschwerde begründet erscheine, durch eine andere ordnete er an, daß grundlose absichtliche Tötung eines Sklaven nach der lex Cornelia de sicariis bestraft werden solle.

Auch die naturrechtliche Philosophie der Juristen machte ihren Einfluß geltend; besonders darin, daß sie die tatsächlich zwischen dem Herrn und Sklaven vorkommenden geschäftlichen Vereinbarungen wenigstens als obligationes naturales anerkannten; sie machte sich ferner geltend insofern, als man die Eheverbote wegen Verwandtschaft auch auf die „Sklavenehe" übertrug, die doch nach streng juristischer Auffassung nur als bloßes contubernium, als rein tatsächliche Geschlechtsgemeinschaft galten; ja man verlieh dem Sklaven einen mittelbaren Schutz gegen Beleidigungen, die man unter den Gesichtspunkt einer Injurie gegen seinen Herrn brachte.[1])

Das Christentum hat aus den in Bd. I S. 343 ff. angegebenen Gründen eine erhebliche Aenderung in der Rechtsstellung der Sklaven nicht bewirkt. Constantin hat es sogar gegenüber einer allzu empfindsamen Fürsorge mancher Richter für das Wohl der Sklaven für notwendig erachtet, daran zu erinnern, daß ein Richter vielmehr dem Herrn Nachsicht erweisen solle, dem bei einer Züchtigung seines Sklaven das Unglück widerfahre, ihn zu töten.[2])

II. Entstehungsgründe der Knechtschaft: Als ersten Entstehungsgrund der Knechtschaft haben wir (Bd. I S. 57 ff.) die Kriegsgefangenschaft genannt. Dieser völkerrechtliche Entstehungsgrund galt nicht für den Bürgerkrieg. Ihm schloß sich eine Reihe von positiven Bestimmungen an teils staats-, teils straf-, teils privatrechtlicher Natur, wodurch die capitis deminutio maxima, der Verlust der Freiheit an besondere Tatbestände geknüpft wurde. Einen ebenso staatsrechtlichen wie völkerrechtlichen Charakter hatte die selten vorkommende Auslieferung eines Bürgers, der das Völkerrecht verletzt hatte, an den Feind durch den pater patratus (Bd. I S. 111). Rein privatrechtlich war die Bestimmung des älteren jus civile, daß ein römischer Bürger in Ausübung der Personalexekution ins Ausland, trans Tiberius d. h. jenseits der Grenzen des latinischen

[1]) L. 1 § 3 D. injur. 47, 10.
[2]) L. 1, 2 C. Th. de emendatione servorum 9, 12. L. unica Cod. eod. 9, 14.

Bundes als Sklave verkauft werden durfte. Nach dem Strafrecht der XII Tafeln konnte der auf der Tat ertappte Dieb (fur manifestus) dem Bestohlenen als Sklave zugesprochen werden. Diese Entstehungsgründe der Knechtschaft sind schon in der ersten Zeit der Republik beseitigt worden.[1]) Wer sich dem durch Servius Tullius eingeführten census (Bd. I S. 88 ff.) und damit der Steuer oder der Aushebung zum Kriegsdienst entzog, konnte von Staats wegen als Sklave verkauft werden.[2]) Dieser Entstehungsgrund der Sklaverei wird spätestens mit dem Verschwinden des census im dritten Jahrhundert der Kaiserzeit weggefallen sein.[2]) Eine schon von Q. Mucius Scaevola erwähnte Bestimmung des prätorischen Edikts bestrafte denjenigen Freien, der über 20 Jahre alt sich von einem anderen verabredetermaßen in betrügerischer Absicht als Sklaven verkaufen ließ, um den Erlös des Gaunerstreichs mit dem Verkäufer zu teilen, damit, daß ihm die Klage auf Anerkennung seiner Freiheit dem Käufer gegenüber verweigert wurde. Diese Durchbrechung des Grundsatzes, daß ein vertragsmäßiger Verzicht auf den status libertatis ungültig ist, galt noch im justinianischen Recht.[3])

Nach dem Strafrecht der Kaiserzeit wurden die zum Tode (in ferrum, ad bestias) oder zur Zwangsarbeit in den Bergwerken (metallum) Verurteilten Staatssklaven (servi poenae). Ferner bestimmte der S. C. Claudianum (52 n. Chr.), daß eine freie Frau, welche sich mit einem fremden Sklaven in Geschlechtsverkehr einließ und den unzüchtigen Umgang dreimaliger Abmahnung von seiten des Herrn des Sklaven zum Trotz fortsetzte, dem Herrn durch die Obrigkeit als Sklavin zugesprochen werden könne.[4]) Diese Bestimmung ist von Justinian aufgehoben worden. Als status war die Sklaverei ein erblicher Stand. Maßgebend war als regula gentium, daß das Kind dem Stande der Mutter folgen müsse, nach dem für uneheliche Verwandtschaft maßgebenden Grundsatze: pater incertus,

[1]) Gajus III, 189; der Prätor führte für furtum manifestum die poena quadrupli ein, eine im Vergleich mit der Härte des alten Rechts auffällige Milderung.

[2]) L. 4 § 10 D. de re milit. 49, 16. Vering, Geschichte und Institutionen S. 85.

[3]) Dig. tit. Quibus ad libertatem proclamare non licet, 40, 13.

[4]) L. unica Cod. de S. C. Claudiano tollendo 7, 24. In merkwürdiger Weise erinnert uns an dieses S. C. Claudianum der im deutschen Leibeigentum gültige Satz: „Trittst du mein Huhn, so wirst du mein Hahn!" (Eisenhart, Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern S. 75). Es verfiel darnach ein freier Mann, der eine Leibeigene heiratete, der Leibeigenschaft. (Nur müßte man hier umgekehrt sagen: „Tritt dich mein Hahn, so wirst du mein Huhn!)"

mater semper certa; denn eine rechte Ehe (connubium) mit einer Sklavin war nicht möglich. Doch wurde dieser Grundsatz zugunsten der Freiheit (favor libertatis) für den Fall, daß die Mutter während der Dauer der Schwangerschaft zeitweilig frei gewesen war, in folgender Weise eingeschränkt: Anfänglich galt die Regel, daß bei Kindern, die in rechter Ehe erzeugt waren und daher dem Stande des Vaters folgten (pater est, quem nuptiae demonstrant), die Zeit der Empfängnis entscheiden solle; es kam also nur darauf an, ob das Kind in rechter Ehe empfangen war oder nicht; im erstern Falle war es frei, im letztern nicht. In der Kaiserzeit brachten die klassischen Juristen statt dessen die günstigere Regel zur Anerkennung: non debet calamitas matris nocere ei qui in ventro est; es genügte darnach schon eine vorübergehende Freiheit der Mutter während der Schwangerschaft, um das Kind der Sklaverei zu entreissen.

III. Aufhebung der Sklaverei, Freilassung: „Das Recht der Freilassung", bemerkt v. Ihering, „ist ein für die Charakteristik der herrschaftlichen Gewalt höchst bedeutungsvolles Moment. Der freie Entschluß des Herrn macht aus einem Gegenstande, der bisher kaum etwas anderes war, als eine Sache, eine Person, einen römischen Bürger, ja möglicherweise sogar das Mitglied einer römischen Familie. So ist nicht bloß die Tiefe, zu der pure Gewalt die unterworfene Person herabdrückt, sondern ebenso wohl die Höhe, zu der sie dieselbe erheben kann, gleich charakteristisch für sie. Die Entfernung zwischen diesen Endpunkten ist bei keiner andern Gewalt eine so ungeheure, und es gibt kein zweites Beispiel, woran die Vollgewalt des subjektiven Willens sich in so glänzender Weise betätigte, als hier, wo derselbe einseitig über eines der höchsten Güter der römischen Welt verfügte — das römische Bürgerrecht."

Im Bd. I (vgl. S. 211 ff., 291) haben wir dargelegt, wie verhängnisvoll dieses Recht der Freilassung für das römische Volk wurde und wie Augustus auch dadurch seinen einsichtigen Willen, den Verfall des echten Römertums aufzuhalten, bezeugte, daß er dem staatsgefährlichen Freilassungsrechte gesetzliche Schranken setzte, daß er jedoch durch die lex Aelia Sextia über Freilassungen sowie durch seinen Versuch, die Ehe zu reformieren, durch die lex Papia Poppaea, den Niedergang auf die Dauer gleichwohl nicht hat verhindern können. Vgl. unten zu III (S. 31).

Die Formen der Freilassung waren folgende:

1. Die manumissio vindicta des älteren Zivilrechts. Vg. Bd. I S. 185. Es wurde ein Scheinprozeß über die Freiheit angestellt; der Herr veranlaßte einen Dritten — man nahm ihn gewöhnlich aus der Reihe der den Prätor begleitenden Liktoren — als assertor libertatis in jure die Freiheit des Sklaven zu behaupten; der Herr gestand dann die Freiheit zu und der Prätor bestätigte diese Erklärung (addictio). Zur Zeit der klassischen Juristen war diese Förmlichkeit in jure bereits überflüssig geworden; der Herr konnte jetzt dem Prätor, wo er ihn traf, seinen Willen zu erkennen geben.

2. Die manumissio censu: Eintragung des Sklaven in die Bürgerliste durch den Zensor mit Zustimmung des Herrn.

3. Freilassung durch Testament: Sie konnte entweder unmittelbar in der Weise erfolgen, daß der Herr den Sklaven in seinem Testamente direkt für frei erklärte (liber esto — liber sit — liberum esse jubeo), oder mittelbar durch den Auftrag an den Erben, einem Sklaven die Freiheit zu geben (fideicommissaria libertas); im ersteren Falle trat die Freiheit mit der Wirksamkeit des Testaments, also mit dem Antritt der Erbschaft aus demselben von selbst ein, wenn ihr Anfang nicht durch eine Zeitbestimmung oder Bedingung weiter hinausgeschoben war.[1]) Die Erfüllung eines Fideikommisses dagegen war während der Republik bloß dem Gewissen des Erben überlassen; erst in der Kaiserzeit ergingen mehrere Senatsbeschlüsse,[2]) welche die Ausführung einer solchen letztwilligen Freilassung sicherten; schließlich hat Justinian angeordnet (l. 15 Cod. de f. d. lib. 7, 4), daß bei jeder Verzögerung der Freilassung dem Sklaven die Freiheit durch richterliche Verfügung zugesprochen werden solle.

4. Das prätorische Recht erkannte auch sonstige formlose Freilassungen an insoweit, als es die bisherigen Sklaven in ihrem Zustande tatsächlicher Freiheit schützte (possessio liber-

---

[1]) Der Freigelassene hieß dann libertus orcinus, weil sein Patron im Orcus weilte.

[2]) S. C. Rubrianum, Dasumianum, Articulejanum unter Trajan (101 n. Chr.), S. C. Vitrasianum unter Hadrian, S. C. Juncianum unter Commodus (182 n. Chr.). Vgl. dazu des näheren Vering, Geschichte und Institutionen S. 94, derselbe, Römisches Erbrecht S. 369 ff.; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte I § 49; Zimmern, Römische Rechtsgeschichte I § 204.

tatis), durch sogenannte tuitio praetoris, so z. B. wenn der Herr seinen Willen, daß der Sklave frei sein sollte, erklärt hatte a) vor Zeugen (manumissio inter amicos), b) durch ein Schreiben (per epistolam), c) durch sonstige seine Freiheit anerkennende Behandlung, z. B. indem er ihn an einem Gastmahl teilnehmen ließ (manumissio per mensam sive convivii adhibitione). Die lex Junia Norbana verlieh auch diesen Freilassungen eine rechtliche Wirkung, freilich mit der Beschränkung, daß die so frei gelassenen nicht das volle Bürgerrecht erwarben, sondern Latini Juniani wurden. Vgl. Bd. I S. 135.

5. Zu den förmlichen Freilassungsarten trat unter Konstantin noch die kirchliche manumissio in ecclesia d. h. durch Erklärung vor dem Bischof und der Gemeinde.

6. Justinian endlich hat noch den Freigelassenen nach prätorischem Rechte, die bis dahin nur Latiner oder Fremde werden konnten, volles Bürgerrecht verliehen, jedoch gleichzeitig auch ihre bisherige Formlosigkeit beseitigt; für die Freilassung inter amicos fordert er mündliche Erklärung vor fünf Zeugen, für die Freilassung per epistolam eine von dem Herrn geschriebene oder unterschriebene Urkunde, die von fünf Zeugen unterzeichnet ist; außerdem soll die Verheiratung einer Sklavin an einen Freien durch den Herrn, die Bezeichnung eines Sklaven als seinen Sohn, öffentlich zu gerichtlichem Protokoll, die Vernichtung oder Uebergabe von Urkunden, die zum Beweis seiner Unfreiheit dienen, an den Sklaven, endlich das Gebot des Herrn oder seines Erben, daß die Sklaven mit einem Hut,[1]) dem Zeichen der Freiheit (pileati) am Leichenbegängnis teilnehmen sollen, als Freilassung gelten.

7. In gewissen Fällen erlangte ein Sklave die Freiheit ohne Manumission, kraft Gesetzes: a) als Belohnung für die Entdeckung gewisser Verbrechen (Cod. 7, 13: pro quibus causis servi pro praemio libertatem accipiunt); b) nach einem Gesetze Leo's (L. 4 Cod. de praep. sacri cubic. 12, 5) machte Aufnahme unter die kaiserlichen cubicularii, nach einem Gesetze Justinians (Nov. 5 e. 2 § 1, Nov. 123 e. 4, 17) Aufnahme unter die Kloster- oder Weltgeistlichen ipso jure frei.

Literatur: Vgl. vor allem Wallon, Histoire de l'esclavage dans l'antiquité, Paris 1847; Duruy, Geschichte des römischen Kaiserreichs III S. 81—101;

---

[1]) Eine alte Redensart lautet: „Es ziert der Hut den freien Mann“; Sklaven gingen im Altertum barhäuptig oder trugen Mützen.

W. Mayer, Die Sklaverei im Altertum 1888; v. Ihering, Geist des römischen Rechts II S. 161—177; Pernice, Labeo I S. 111—158; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 100—114; Marquardt, Privatleben der Römer I S. 205—226; Girard, Geschichte und System des römischen Rechts I S. 104—117; Puchta, Institutionen, (4. Aufl. VI S. 428 ff.; 8. Aufl. S. 81 ff.).

Quellenstellen: Zu I, 1: § 4 J. de cap. min. 4, 5: servus . . . nullum caput habet. L. 3 § 1 D. de cap. min. 4, 5: servile caput nullum jus habet. L. 32 de R. J. 50, 17: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt. (Ulpianus.)

Zu II, 2, 3: Dig. XXIX, 5: de S. C. Silaniano et Claudiano. L. 2 D. de his qui sui 1, 6: Si dominus in servos saeverit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi Pii ad Aelium Marcianum proconsulem Baeticae manifestabitur, cujus rescripti verba haec sunt: Dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum jus suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famen vel intolerabilem injuriam denegetur his qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami injuria affectos cognoveris veniri jube ita, ut in potestatem domini non revertantur. qui si meae constitutioni fraudem fecerint, sciet me admissum severius executurum. Divus etiam Hadrianus Umbriciam quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset.

Zu II: Ueber das sogenannte postliminium und die fictio legis Corneliae vgl. Bd. I S. 129, S. 133 f. Cicero, De orat. I, 40, 181: memoria traditum, quem pater suus aut populus vendidisset aut pater patratus dedidisset, ei nullum esse postliminium (Ueber den pater patratus Bd. I S. 109). § 1 J. qu. m. jus pot. solv. I, 12: Servi poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur et qui bestiis subjiciuntur. § 2 J. de jure pers. I, 3: Servi fiunt jure civili: cum liber homo major XX annis ad pretium participandum sese venumdari passus est. Paulus II, 21 a § 1: Si mulier ingenua civisque Romana vel Latina alieno se servo conjuxerit, si quidem invito et denuntiante domino in eodem contubernio perseveraverit, efficitur ancilla.

Zu III: l. 4. D. de j. et j. I. 1. Manumissiones quoque iuris gentium sunt. Est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est; manumissus liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis, et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt, liberi, et his contrarium servi, et tertium genus liberti, id est hi, qui desierant esse servi.

Ueber eine im alten Rechte vorkommende manumissio sacrorum causa mit besonderem Ceremoniell vgl. Festus sub voce: Manumitti, Savigny, Zeitschr. f. g. R. W. II S. 403. Ueber die manumissio censu s. Degenkolb, Die Befreiung durch census, Tübinger Festgabe für Ihering 1892 S. 123 ff. Vgl. ferner Wlassak,

Die prätorischen Freilassungen in Zeitschr. d. Sav. Stift. Bd. 26 S. 367 ff. Die durch übermäßige Ausübung des Freilassungsrechts erwachsende Staatsgefahr versuchte zunächst die lex Fufia Caninia (2 n. Chr.) einzudämmen; sie beschränkte testamentarische Freilassungen auf eine bestimmte Quote der Gesamtzahl der Sklaven des Erblassers und erklärte Freilassungen, die diese Quote überstiegen, für nichtig. Vgl. Bd. I S. 267. Die lex Aelia Sentia (4 n. Chr.) verbot: a) Herren, die noch nicht 20 Jahre alt waren, Freilassungen überhaupt ohne Nachweis eines ernsthaften Grundes; b) Freilassungen zum Nachteil der Gläubiger (in fraudem creditorum); c) Freilassung von Sklaven, die das 30. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, ohne Nachweis eines ernsthaften Grundes; d) Sklaven, die schwere Verbrechen begangen hatten, konnten durch Freilassung nicht das römische Bürgerrecht erlangen, sondern nur peregrini dediticii werden; der Aufenthalt in Rom und die spätere Erlangung des Bürgerrechts blieb ihnen versagt. Wegen der Wirkungen der Freilassung, insbesondere über Klientel und Patronat s. Bd. I S. 212, Mommsen, Römisches Staatsrecht Bd. 3 S. 420 ff. Dig. XXXVII, 14 de jure patronatus, Cod. VI, 4. De bonis libert. et jure patron. Als Rechte des Patronus sind zu merken: a) Der libertus ist ihm und seinen Kindern zur Ehrerbietung, Treue und Dienstwilligkeit verpflichtet (officia obsequii et reverentiae); b) der Freigelassene hat ihm gewisse Ergebenheitsdienste (operae officiales) zu leisten, auf die eine Klage (operararum actio) jedoch nur dann gegeben wurde, wenn sich der Freigelassene durch Eid (jurata promissio) oder auch Stipulation dazu verpflichtet hatte. Diese operae officiales hörten von selbst mit dem Tode des Patrons auf, wenn nicht das Versprechen auch auf die Kinder ausgedehnt war. Der Herr konnte sich aber bei der Freilassung auch sogenannter operae fabriles s. artificiales d. h. anderweitige rein wirtschaftliche und geldwerte Leistungen, Arbeiten in Ausübung eines Handwerks oder einer Kunst bedingen; eine solche Verpflichtung ging wie jedes andere Vermögensrecht auf die Erben des Patrons über. Vgl. l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12, 6; l. 6, l. 9 § 1, l. 36 D. de oper. lib. 38, 1. Bestritten wird die rechtliche Bedeutung des Unterschiedes zwischen operae officiales und fabriles von Mitteis, Zeitschr. d. Sav. Stift. Bd. 23 S. 143 ff.

Als Mittelzustände zwischen Freiheit und Unfreiheit sind von der Sklaverei zu unterscheiden: a) der Zustand des sogenannten statu liber, d. h. desjenigen, der im Testament unter einer Bedingung oder Fristbestimmung freigelassen ist; er wurde mit Eintritt der Bedingung oder nach Ablauf der Frist ipso jure frei, auch wenn er inzwischen in das Eigentum eines anderen Herrn übergegangen war. Vgl. T. 1 Dig. 40, 7. b) Das Kolonat. Vgl. Bd. I S. 339. L. 1 § 1 C. de colon. Thracensib. 11, 51: Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, aestimantur nec recedendi, quo velint, aut permutandi loca habeant facultatem, sed possessor eorum jure utatur et patroni sollicitudine et domini potestate. Vgl. darüber die sehr reiche Literatur bei Heisterbergk, Entstehung des Kolonats 1876; Savigny, Das römische Kolonat in den vermischten Schriften II S. 8 f.; Duruy, Geschichte des römischen Kaiserrechts Bd. III S. 102 ff.; Fustel de Coulanges, Recherches sur quelques problèmes d'histoire, 1885; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte I S. 918—929; O. Seeck, Geschichte des Untergangs der antiken

Welt, I, 1—40, II, 52 ff., 301 ff., Anhang I S. 578 ff.; ders. bei Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie IV, 1, 1900 v. Colonatus; Kuebler, Sklaven und Kolonen in der römischen Kaiserzeit; Mommsen, in Hermes 15 (1880) S. 385—411. Der Herr konnte einen solchen glebae adscriptus nicht ohne den Boden, den Boden aber auch nicht ohne ihn veräußern. Der Kolon war, wie ein Sklave dem Züchtigungsrechte des Eigentümers unterworfen, er konnte, wenn er den Grund verließ, wie eine Sache vindiziert werden. Dagegen konnte er eine Ehe eingehen, Eigentum erwerben, Gläubiger werden usw.; hatte aber nicht das Recht, Gegenstände des Kolonats zu veräußern; sein Vermögen haftete für Steuer und Zins.

§ 4. Standesunterschiede, Bürger und Fremde, Rechtsfähigkeit der Frauen.

„On ne distinguait plus pour toute l'Italie et pour toute la Grèce que deux groupes d'hommes; d'une part une classe aristocratique, de l'autre un partie populaire l'une appelait la domination de Rome, l'autre la repoussait. Ce fut l'aristocratie, qui l'emporta, et Rome acquit l'empire.“

Fustel de Coulanges, cité antique, p. 440.

Unter römischen Bürgern konnte nach der Ausgleichung des ursprünglichen Standesunterschieds zwischen Patriziern und Plebejern und auf der Grundlage der magna charta der XII Tafeln von erheblichen Rechtsunterschieden nicht mehr die Rede sein (Bd. I S. 164). Aber fortan bildete die Teilnahme am Bürgerrecht selbst (status civitatis) noch einen bedeutsamen, auch für das Privatrecht wichtigen Standesunterschied.

Die völlige Rechtlosigkeit der Fremden wurde zwar durch das immer weiter sich ausdehnende sogenannte commercium mit fremden Völkern als Regel beseitigt (Bd. I S. 219 ff.). Der Fremdenverkehr selbst erzeugte ja das neue Rechtssystem der jus gentium neben dem eigentlich bürgerlichen Recht, dem jus civile. Immer aber blieben noch die Nichtbürger, die Fremden (peregrini), von allen Rechten des nationalen Systems ausgeschlossen, also unfähig zum Erwerbe echtrömischen Eigentums, römischer Obligationen, zur Errichtung römischer Testamente, sowie zum Erwerbe daraus, auch zum Abschluß einer römischen Ehe, solange ihnen nicht im einzelnen Falle das jus commercii oder das jus connubii oder beides erteilt worden war. „Tant que dura la république“, schreibt Fustel de Coulanges, cité antique p. 441, „il ne vint à l'esprit de personne que les Romains et les autres peuples pussent former une même nation. Rome pouvait bien accueillir chez elle individuellement quelques vaincus, leur faire habiter ses murs et

les transformer à la longue en Romains; mais elle ne pouvait pas assimiler toute une population étrangère à sa population, tout un territoire à son territoire. — Lors donc qu'un peuple était assujetti, il n'entrait pas dans l'État romain, in civitate, mais seulement dans la domination romaine, in imperio."

Ganz allmählich wurde jedoch der Ausschluß der Fremden von der Teilnahme am bürgerlichen Recht praktisch bedeutungsloser, und zwar in dem Maße, in dem der Prätor peregrinus das jus gentium (Weltrecht oder internationales Privatrecht), oft in entsprechender Anwendung römischrechtlicher Bestimmungen reicher ausgestaltete, in dem ferner auch besondere Gesetze gewisse Teile des nationalen Rechts auf Fremde übertrugen.[1])

In § 4 sahen wir, daß ein Sklave durch förmliche Freilassung das volle Bürgerrecht erlangen konnte. Die so frei gelassenen bildeten jedoch den Freigeborenen (ingenui) gegenüber einen Geburtsstand zweiter Klasse, der lediglich in privatrechtlicher Hinsicht den Freigeborenen gleich stand. Anfänglich schloß man auch die Abkömmlinge der Freigelassenen im ersten Grade noch vom Stande der Freigeborenen aus; nach den Anschauungen der Kaiserzeit ging jedoch die Eigenschaft eines Freigelassenen nicht mehr auf die Nachkommen über (vgl. Mommsen, Staatsrecht III S. 32, 422 f.).

Eine Zwischenstufe zwischen Bürgern und Nichtbürgern bildeten die Latini. So nannte man Fremde und solche Freigelassene, welche die privatrechtliche Stellung der schon frühzeitig zum jus commercii zugelassenen Bewohner Latiums erlangt. Das alte jus Latii hatte mit der Erteilung des römischen Bürgerrechts an alle italischen Gemeinden nach dem Bundesgenossenkriege seine Bedeutung verloren, man sprach aber nach wie vor von einem latinischen Recht, das gewissen Kolonien in den Provinzen seitdem ausdrücklich verliehen wurde (Latiner neuen Styls, künstliche Latiner). Wie z. B. die tabula Salpensana (Bd. I S. 134) zeigt, wurde solchen Kolonien das öffentlich-rechtliche Privileg erteilt, daß, wer bei ihnen ein obrigkeitliches Amt bekleidet hatte, dadurch für den Fall einer Ueber-

[1]) So z. B. übertrug Hadrian auf die Peregrinen die Bestimmung der lex Aelia Sentia, wonach eine Freilassung zum Nachteil der Gläubiger unwirksam war. Gai I, 37, 47, l. 1 § 1 D. de statu lib. 40, 7; l. 10, 24, D. qui et a quibus 40, 3; pr. § 3 J. qui quibus ex causis I, 6.

siedlung nach Rom das volle Bürgerrecht, die civitas cum suffragio erlangte, sei es bloß für seine Person (jus Latii minus) oder zugleich für seine Familie (jus Latii majus). Privatrechtlich dagegen waren die Latinii coloniarii von den alten Latinern dadurch verschieden, daß sie kein connubium hatten, also auch keine väterliche Gewalt und keine Agnationsrechte, und ihr jus commercii war insoweit beschränkt, als ihnen die Fähigkeit zum Erwerb von Erbschaften aus römischen Testamenten entzogen war; sie konnten nur Erbschaften und Vermächtnisse nach jus gentium (bonorum possessio und Fideicommisse, näheres s. Buch III) erwerben. Diese Latinität als Attribut ganzer Gemeinden wurde mit der Verleihung des Bürgerrechts an alle freien Einwohner des Reichs durch Caracalla (Bd. I S. 291 f.) antiquiert.

Bis zu diesem berühmten Gesetze lebten mit Ausnahme der sogenannten Bundesgenossen (socii oder foederati), welche ihre Autonomie behielten, alle Provinzialen, soweit ihnen nicht römisches oder italisches Recht ausdrücklich verliehen war, streng theoretisch in rechtlosen Zuständen, tatsächlich freilich nach dem eben an ihnen sich entwickelnden jus gentium. Zutreffend schildert Fustel de Coulanges, cité antique p. 446 die Rechtslage dieser Provinzialen, wie folgt: „Les peuples à mesure qu'ils entraient dans l'empire romain perdaient leur religion municipale, leur gouvernement, leur droit privé. On peut bien croire que Rome adoucissait dans la pratique ce que la sujétion avait de destructif. Aussi voit on bien que, si la loi romaine ne reconnaissait pas au sujet d'autorité paternelle, encore laissait-on cette autorité subsister dans les mœurs. Si on ne permettait pas à un tel homme de se dire propriétaire du sol, encore lui en laissait-on la possession; il cultivait sa terre, la vendait, la léguait. On ne disait jamais que cette terre fût la sienne, mais on disait qu'elle était comme sienne, pro suo. Elle n'était pas sa proprieté, dominium, mais elle était dans ses biens, in bonis. Rome imaginait ainsi au profit du sujet une foule de détours et d'artifices de langage. — En principe on les mettait en dehors du droit, en fait ils vivaient comme s'ils en avaient un."

Dagegen hat sich die verminderte Rechtsfähigkeit der auf Grund der lex Junia (772/18)[1]) formlos Freigelassenen, der soge-

[1]) Das Datum dieses Gesetzes ist ungewiß, Girard, Geschichte und System S. 139.

nannten Latini Juniani bis auf Justinian erhalten. Ein solcher Latinus Junianus lebte, wie die Institutionen, § 4 J. de succ. libert. III, 8 sagen, als Freier, starb aber als Sklave, d. h. sein Vermögen fiel bei seinem Tode, wie ein peculium servi, an den Patron oder dessen Erben; er konnte kein Testament machen noch aus einem Testament erwerben; seine Rechtsfähigkeit blieb auf das jus commercii d. h. den Rechtsverkehr unter Lebenden beschränkt.

3. Die am schlechtesten gestellte Klasse von Nichtbürgern bildeten die sogenannten dediticii. Diese Klasse bestand ursprünglich aus denjenigen Völkern, die sich auf Gnade und Ungnade hatten unterwerfen müssen (Bd. I S. 110). Sie hatten weder das jus connubii noch das jus commercii, sie konnten kein Testament machen noch aus einem Testament erwerben, konnten niemals römische Bürger werden und mußten sich von Rom bis zum hundertsten Meilensteine entfernt halten; andernfalls wurden ihre Güter eingezogen und sie selbst als Sklaven vom Staate verkauft und zwar unter der Bedingung, daß sie außerhalb der Bannmeile Roms dienen und niemals freigelassen werden sollten.

Wie schon in § 4 bemerkt worden, hießen seit der lex Aelia Sentia so diejenigen Freigelassenen, die während ihrer Sklavenzeit wegen Verbrechen peinlich bestraft worden waren. Ausdrücklich aufgehoben ist dieser geringste Stand der Freien durch Justinian, der übrigens erwähnt, daß der fragliche Teil der lex Aelia Sentia längst nicht mehr zur Anwendung gekommen sei.[1]

Seitdem alle freien Einwohner des Reichs das Bürgerrecht erlangt haben, war der status civitatis, wie Puchta (Inst. II § 218) richtig bemerkt, in Wahrheit bedeutungslos geworden. Statt dessen wurde jetzt maßgebend der Unterschied zwischen Einheimischen und Ausländern (barbari). Dieser Gegensatz kann aber weder seinem Begriff noch seiner Wirkung nach auf die alte Zivität und ihre Gegensätze zurückgeführt werden; wenn Valentinian und Valens die Ehe mit Barbaren (gentiles) bei schwerer Strafe verboten,[2] so ist das nicht als Ausschließung des Connubiums aufzufassen, ebensowenig wie das Verbot, Wein, Oel, Waffen an

---

[1] Cod. VII, 5 de dediticia libertate tollenda. § ult. J. de lib. 1, 5 ... Dedititios per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore, antiqui juris altercationes placavimus.

[2] L. un. Cod. Theod. de nupt. gentilium 3, 14.

Ausländer zu verkaufen,[1]) einen Ausschluß des Commercium darstellt.

II. Die sonstigen Geburtsstände hatten seit dem Zwölftafelgesetz in Rom keine erhebliche privatrechtliche Bedeutung gehabt. Wegen der rein gesellschaftlichen Bedeutung der Nobilität in der Republik und der öffentlich- und besonders strafrechtlichen Bedeutung der Standesunterschiede der späteren Kaiserzeit ist auf Bd. I S. 207 f., 322 f. zu verweisen. Dagegen genoß der Berufsstand der Soldaten zahlreiche Vorrechte nach dem Rechte der Kaiserzeit, besonders im Erbrecht (vgl. Buch III).

III. Das Geschlecht. Die privatrechtliche Rechtsfähigkeit des Weibes war nach national-römischem Recht dadurch beschränkt, daß es entweder sei es als Haustochter oder als uxor in manu mariti alieno juri subjecta war oder aber der Geschlechtsvormundschaft (tutela mulicbris) unterstellt war, die ursprünglich (vgl. B. II) wie die Tutel überhaupt nicht ein bloßes Vertretungsamt, sondern eine potestas enthielt; nach der augustischen Gesetzgebung befreite von letzterer, die übrigens längst zu einer bloßen Form verblaßt war, das jus liberorum; eine lex Claudia hob dann die agnatorum tutelas in feminis ganz auf (Gajus I, 137, 171). Seitdem stand das weibliche Geschlecht dem männlichen in privatrechtlicher Hinsicht in der Hauptsache gleich, so daß für die klassischen Juristen im Privatrecht die Regel galt: verbum hoc, si quis, tam masculos quam feminas complectitur; nur in ihrem eigenen Interesse bestanden die sogenannten Interzessionsbeschränkungen (B. II). Daß ein Weib — abgesehen von der im klassischen Rechte für Mütter und Großmütter zugunsten ihrer Kinder und Enkel (B. II) gemachten Ausnahme — zur Vormundschaft unfähig war, daß es auch nicht bei formellen Rechtsgeschäften zum sog. Solennitätszeugnis zugezogen werden konnte, erklärt sich aus dem vollständigen Ausschluß des weiblichen Geschlechts vom öffentlichen Recht im weitesten Sinne. Denn so groß auch die Rolle gewesen ist, die das Weib tatsächlich in allen Zeiträumen der römischen Geschichte mittelbar selbst im politischen Leben gespielt hat, so sind doch die modernen Ekklesiazusen, Suffragettes oder Stimmrechtsweiber im Verlauf der Entwicklungs-

---

[1]) Cod. IV, 41: quae res exportari non debeant.

geschichte des römischen Rechts eine noch unbekannte Erscheinung.

IV. Während das Alter auf die Teilnahme am öffentlichen Recht von nicht unerheblichem Einfluß war, da sowohl das jus suffragii als auch das jus honorum durch verschiedene Altersgrenzen bedingt war (vgl. u. a. Bd. I S. 83, 90, 142), kam es privatrechtlich und strafrechtlich nur als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit (§ 6) in Betracht.

Schrifttum, Quellenstellen und Ergänzungen:

Zu I: Ueber die Stellung des filius familias vgl. Savigny, System II, §§ 71—74; Puchta, Inst. II § 219; C. 9 D. de his, qui 1, 6: filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur; vgl. auch Bd. I S. 45; vgl. Mitteis, Römisches Privatrecht Bd. I S. 116 ff.; derselbe, Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs 1891; Wlassak, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 28 S. 114 ff.; Puchta, Inst. II § 218; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 80 f.; Michel, Du droit de cité romaine 1885; Mommsen, Staatsrecht III S. 607 ff.; Lemonnier, Condition privée des affranchies aux trois premiers siècles de notre ère 1887. Girard, Geschichte und System S. 124 ff.

Insbesondere zur Rechtsstellung der Latiner: O. Hirschfeld, Zur Geschichte des latinischen Rechts, Festschrift für das archäologische Institut in Rom, Wien 1879; Mommsen, Latium majus in Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. 23 S. 46 ff.; Heisterbergk, Name und Begriff des jus Italicum 1885.

Gajus III § 56: admonendi sumus, ... eos qui nunc Latini Juniani dicuntur, olim ex jure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos, unde etiam res eorum peculii jure ad patronos pertinere solita est, postea vero per legem Juniam eos omnes, quos praetor in libertati tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos Latinos Junianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos provinde esse voluit atque (si essent cives Romani ingenui) qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Junianos ideo, quia per legem Juniam Liberi facti sunt (etiam si non esse ut cives Romani).

Ein Latinus konnte nachträglich volles Bürgerrecht erwerben: a) Durch iteratio d. h. Wiederholung der feierlichen Freilassungsform nach Beseitigung des bisherigen Hindernisses des Erwerbs der Zivität, b) beneficio principis, c) liberis d. h. wenn er eine Römerin oder Latinerin heiratete und bei Schließung der Ehe vor 7 cives erklärte, er heirate liberorum quaerendorum causa und bereits ein einjähriges Kind, anniculus, aus dieser Ehe besaß; d) sogar eine Latina, quae sit vulgo ter enixa d. h. die drei uneheliche Kinder hatte, sollte nach einem besonderen die Volksvermehrung begünstigenden S. C. das Bürgerrecht erhalten; e) militia d. h. Bekleidung eines der militärisch organisierten öffentlichen Aemter; f) nave d. h. wenn er 6 Jahre lang mit einem 10000 Scheffel fassenden Schiffe Getreide nach Rom importierte; g) aedificio, durch Errichtung eines Gebäudes in Rom; h) pistrino d. h. durch Anlegung einer Mühle oder Bäckerei. (Vgl. Vering, Geschichte und Institutionen S. 106).

Wegen des Endergebnisses vgl. § 3 J. de libertinis (1, 5). Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat. Nam qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur, et fiebant cives Romani; modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Aelia Sentia dedititiorum numero. Sed dediticiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abiit, Latinorum vero nomen non frequentabatur: ideoque nostra pietas omnia augere et in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit et in pristinum statum reduxit, quia et a primis urbis Romae cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est eadem, quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus sit, qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas, suggerente nobis Triboniano, viro excelso, quaestore, antiqui juris altercationes placavimus; Latinos autem Junianos et omnem, quae circa eos fuerat observantiam alia constitutione per ejusdem quaestoris suggestionem correximus, quae inter imperiales radiat sanctiones. Et omnes libertos nullo, nec aetatis manumissi, nec dominii manumissoris, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate Romana donavimus; multis additis modis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quas sola in praesenti est, praestari.

Zu II vgl. L. 22 Cod. de jure deliberandi 6, 30: arma etenim magis quam jura scire milites. Kuntze, Cursus der Institutionen 2. Aufl. §§ 932—936. Arangio-Ruiz, L'origine del testament. militis e la sua posizione nel diritto romano classico, Bulletino dell ist. di D. $R_{\mathfrak{v}}$ Roma 1906; Tassistro, Matrimonio dei soldati romani 1901. Vgl. auch die Lit. in Bd. I S. 288. Es wäre eine dankenswerte Sonder-Aufgabe, einmal die sämtlichen Privilegien des Soldatenstandes entwicklungsgeschichtlich darzustellen.

Zu III. Vgl. neuerdings Hüfner, Richteramt und Wahlrecht der Frau in Annalen des Deutschen Reichs 1910 S. 442 ff.; Ulpian in l. 1 § 5 D. de postulando 3, 1: ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant; l. 9 D. de statu hominum 1, 5: in multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum. Lampridius, Alexander Severus § 68: non quia non habent judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.

Die Geschlechtsvormundschaft scheint noch zur Zeit der Abfassung der Vaticana fragmenta bestanden zu haben, vgl. Vatican. fragm. § 1, 325 ff. Zur Zeit der Abfassung des römisch-syrischen Rechtsbuchs bestand sie nicht mehr, vgl. Bruns und Sachau II S. 5, Londoner Handschrift § 5.

Reichhaltige Literatur über die krankhaften Bestrebungen nach einer Gleichstellung des Weibes im öffentlichen Recht findet man bei Spangenberg, Arch. für neues Criminalrecht Teil 6 Abh. 6 und 13.

Wegen der natürlichen Begründung einer Rechtsverschiedenheit der Geschlechter vgl. u. a. Runge, Das Weib in seiner Geschlechtsindividualität, Berlin 1896 S. 26: „Die Emanzipation fordert Gleichberechtigung der beiden Geschlechter und fußt auf dem Satz: Die Frau ist gleichwertig, also gleichberechtigt. Das ist eben der große Irrtum, der auf völliger Verkennung der physiologischen Unterschiede, welche die Natur unabänderlich zwischen den Ge-

schlechtern geschaffen hat, beruht. Das Weib ist keineswegs gleichwertig mit dem Manne, sondern vollkommen anderswertig. Es bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung, daß die Folge der Emanzipation nicht allein die Aufhebung der Ehe, sondern das Endresultat ein erbitterter Konkurrenzkampf zwischen Mann und Weib unter Aufhebung des zum Schutze des Weibes geschaffenen Sexualkodex sein würde. Und es kann gar keinem Zweifel unterliegen, daß dieser Kampf mit der Niederlage des für den Kampf mit der Außenwelt schlechter ausgerüsteten Weibes enden würde. Im Interesse des Weibes müssen wir Männer daher die Emanzipation energisch bekämpfen." Vgl. auch Ploß-Bartels, Das Weib in Natur- und Völkerkunde, S. 52: „Die Natur hat beide Geschlechter für ihre Leistungen auf eine Arbeitsteilung hingewiesen." Allgemein: Lorenz v. Stein, Die Frau auf dem Gebiete der Nationalökonomie, Stuttgart 1876. Meyer, Frauenbewegung und Frauenorganisation in Jahrb. für Nationalökonomie 1909 (38) S. 211 ff.

§ 5. Bedeutung der Religion.

Le christianisme est la première religion, qui n'ait pas prétendu, que le droit dépendît d'elle. Il s'occupa des devoirs des hommes, non de leurs relations d'intérêts. On ne le vit régler ni le droit de propriété ni l'ordre des successions ni les obligations ni la procédure. Il se plaça en dehors du droit, comme en dehors de toute chose purement terrestre.

Fustel de Coulanges, cité antique p. 463.

Wie Bd. I S. 46 ff. darstellt, hat es bei den Römern eine Zeit gegegeben, in der Religionsgemeinschaft und Rechtsgemeinschaft vollkommen zusammentraf (fas). Nun könnte einer zwar auf den Gedanken geraten, in jenem Wendepunkte der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts, wo der Ständekampf zur Verweltlichung des Rechts, zum jus, führte, bereits den ersten Ansatz des modernen Gedankens zu erkennen, den das deutsche Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 ausdrückt: „Alle noch bestehenden aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte sind aufgehoben." Aber wir haben schon in Bd. I S. 343 ff. klargestellt, daß die in diesem Satze sich grundsätzlich aussprechende, wenngleich noch lange nicht in allen Folgerungen durchgeführte „Trennung von Staat und Kirche", von Recht und Religion, wie Fustel de Coulanges richtig hervorhebt, erst möglich geworden ist durch das Christentum. Daran darf uns keiner der von Gegnern des Christentums beliebten Hinweise auf byzantinische Ketzergesetze und auf kirchliche Inquisitionsprozesse und auch der Umstand nicht irre machen, daß sogar reformatorische Fürsten, also vermeintliche Anhänger des Evangeliums an dem Satze festhielten: Cujus regio,

ejus religio! Gegner des Christentums, die ihm jede Gesinnung und Handlungsweise seiner vermeintlichen Bekenner ohne Rücksicht auf deren rein persönliche Antriebe zurechnen, verkennen vollständig den überweltlichen, daher selbstverständlich auch überstaatlichen und zwar nicht inter-, aber übernationalen Geist einer Religion, die gerade dadurch ihre Erhabenheit und Heiligkeit offenbart, daß sie jegliche unmittelbare Vermengung mit irdischen Angelegenheiten abwehrt. „*Ἀπόδοτε τοίνυν τὰ Καίσαρος Καίσαρι καὶ τὰ τοῦ Θεοῦ τῷ Θεῷ!*" Ev. Luc. 20, 25. Wir sahen (Bd. I S. 344), warum sogar die Sklaverei dem evangelischen Christentum gleichgültig sein mußte; geht doch auch sie nicht an die Seele und berührt somit nicht den erst vom Christentum geoffenbarten wahren Wert der Persönlichkeit. Während sogar der Neuplatoniker Plotin, zweifellos der größte Idealist des antiken Heidentums, in Rom oft zum Schiedsrichter gewählt wurde, also sich auf Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten einließ,[1]) berichtet Lucas, Ev. 12, 13 f. vom Herrn: *Εἶπε δέ τις αὐτῷ ἐκ τοῦ ὄχλου, Διδάσκαλε, εἰπὲ τῷ ἀδελφῷ μου μερίσασθαι μετ' ἐμοῦ τὴν κληρονομίαν. ὁ δὲ εἶπεν αὐτῷ, Ἄνθρωπε, τίς με κατέστησε δικαστὴν ἢ μεριστὴν ἐφ' ὑμᾶς.*[2]) Die Erhabenheit des Christentums über alle weltlichen Angelegenheiten, auch über Recht und Staat, zugleich aber auch die Torheit, das Christentum irgendwie in diese weltlichen Angelegenheiten hereinzuziehen, tritt in keinem Schriftwort deutlicher zutage, als in diesem.

Wenn demnach bis in unsere Zeiten hinein immer wieder die eben durch ihre Ueberweltlichkeit sich als höchste Religion bewährende Offenbarung in den Kampf ums Recht herabgezerrt und als Vorwand für weltliche Belangen mißbraucht wird, so zeugt das von einer ebenso geringen Einsicht in ihr Wesen, wie die kleinlichen Versuche, etwaige astronomische oder überhaupt naturwissenschaftliche Gesetze für oder gegen die Bibel zu verwerten, worüber bereits Giordano Bruno[3]) das Treffendste gesagt hat.

Die sämtlichen heidnischen Religionen mit Einschluß der mosaischen dagegen waren Nationalreligionen oder Staatsreligionen und daher notwendig unduldsam, wenigstens in dem Sinne, daß sie den

---

[1]) Vgl. Kiefer, Plotin, Enneade I S. XIX.

[2]) Nach Luthers Uebersetzung: „Es sprach aber Einer aus dem Volk zu ihm: Meister, sage meinem Bruder, daß er mit mir das Erbe teile. Er aber sprach: Mensch, wer hat mich zum Richter oder Erbschlichter über euch gesetzt?"

[3]) Aschermittwochsmahl IV, m. Uebers. I, S. 110 ff.

Vollgenuß bürgerlicher Rechte abhängig machten von der äußerlichen Teilnahme an ihrem Kult. Dies gilt von den polytheistischen Religionen des Altertums, wie nicht minder von monotheistischen der Gegenwart, wie vom Islam oder gar von der atheistischen des Konfuzius.

Daß die Trennung von jus und fas im römischen Recht freilich einen großen, anderen Völkern unbekannten Fortschritt in der Richtung der Religionsfreiheit des bürgerlichen Rechts darstellte, hat Fustel de Coulanges richtig erkannt und begründet. (Vgl. u. a. cité antique, L. IV chap. 8. changements dans le droit privé). Aber das öffentliche Recht der Römer blieb bis Konstantin im Banne der Staatsreligion und noch Konstantin setzte an die Stelle der alten heidnischen Staatsreligion lediglich den von ihm in durchaus heidnischem Sinne aufgefaßten christlichen Kultus. Vgl. Bd. I S. 148 ff., 345. Der Eindruck verhältnismäßiger „Gedanken- und Religionsfreiheit", den das republikanische Altertum vielfach hinterläßt, erklärt sich nur aus der Vielgötterei und einer damit verknüpften sogenannten Deisidämonie d. h. aus jenem Aberglauben, den St. Paul in seiner Predigt zu Athen so geistvoll zu geißeln wagte (Apostelgeschichte 17, 23), dem freilich das mosaische Gebot fern lag: „Du sollst keine anderen Götter haben neben mir!"; — er erklärt sich auch daraus, daß die heidnischen Religionen des Altertums ihren Schwerpunkt in dem äußeren Kultus hatten, daß Lehrmeinungen und Glaubenssätze ihre trennende Wirkung nur in den sogenannten Geheimkulten ausübten und keinen großen Einfluß auf den öffentlichen Verkehr hatten. Sobald solche Geheimkulte staatsgefährlich wurden, schritt man mit großer Strenge ein (Bacchanalien). — In der Kaiserzeit zeigen uns dann die Christenverfolgungen, wie auch der römische Staat sich durch den Abfall von seinen Göttern in den Grundlagen bedroht fühlte.

Die hohe Einschätzung der Religion als Vorbedingung staatsbürgerlicher Rechte wechselte nach der Einführung des siegreichen Christentums nur das Gewand, und wenn jetzt das Bekenntnis sogar eine noch auffälligere Bedeutung für die bürgerliche Rechtsfähigkeit erlangte, so ist es unrichtig, den Grund dafür im Wesen des Christentums zu suchen; vielmehr wurde dieses, wie schon die ersten Kirchenväter bemerkten, durch die jetzt eintretende enge Berührung mit irdischen Belangen eher getrübt, als geklärt. Es ist kein Irrtum der Kirche, sondern des Staats, wenn letzterer seit Gratian, Valentinian und Theodosius gegen Abtrünnige und Ketzer strafrechtlich

einschritt und „Manichäer und Apostaten" für improbi und intestabiles erklärte d. h. sie in die niedrigste Stufe der Ehrlosigkeit versetzte.[1])

Das Mittelalter hielt an dieser Auffassung fest und bis zur Glaubenstrennung verfiel, wer sich nicht aus der Exkommunikation löste, der Reichsacht. Auch diejenigen Landesherren, die sich der Reformation anschlossen, hielten an dem Grundsatze fest: cujus regio, ejus religio. Im westfälischen Frieden konnte man sich nach dem Land und Volk verwüstenden dreißigjährigen Kriege nur zu dem Ausgleich verständigen, daß den katholischen, lutherischen und reformierten Untertanen, welche sich auf das Normaljahr berufen konnten d. h. die in einem bestimmten Orte im Laufe des Jahres 1624 freie Religionsübung gehabt hatten, daselbst Schutz ihres Bekenntnisses und rechtliche Gleichstellung (Parität) gewährleistet wurde. Seitdem begann die zunehmende philosophische Aufklärung der Gebildeten einigen Einfluß auf die Landesgesetzgebung zu erlangen; Landesgesetze des 18. Jahrhunderts verbesserten einigermaßen die Rechtsstellung derjenigen Untertanen, die nicht das Religionsbekenntnis ihrer Landesherrschaft teilten. Erst die Rheinbundsakte von 1806 sowie die Beitrittsurkunden dazu gewährten den Bekennern der drei christlichen Bekenntnisse gleiche bürgerliche und politische Rechte. Dasselbe bestimmte der Art. 16 der deutschen Bundesakte von 1815 (D. B. A. 16) für das Gebiet des deutschen Bundes. Durch Landesgesetze wurden sodann in den meisten Bundesstaaten die mittelalterlichen Beschränkungen der Rechtsfähigkeit der Hebräer aufgehoben. Den Abschluß der Entwicklung in Deutschland bildet einstweilen das zu Anfang erwähnte, später als Reichsgesetz übernommene ursprüngliche Gesetz des norddeutschen Bundes vom 3. Juli 1869, durch welches alle aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte aufgehoben worden sind.

Quellen und Schriften: A) Theodos. Cod. 16, Justinian. Codex I, 5: de haereticis et Manichaeis et Samaritis; I, 7: de apostatis; I, 9: de Judaeis et caelicolis; I, 11 de paganis; Nov. 109; Nov. 132. Authentica: Item et Credentes.

Aus den kanonischen Rechtsquellen kommen in Betracht vor allem X de haeret. V, 7; u. VI. to V, 2; Clem. V, 3; X de Apostat. V, 9; de Judaeis V, 7.

[1]) Sie konnten weder selbst als Zeugen auftreten noch durfte ein Zeuge für sie eintreten, infolgedessen auch weder ein Testament machen noch in einem Testamente gültig bedacht werden. Vgl. unten zu § 6.

Instrumentum Pacis Osnabrugensis (J. P. O.) (bei Emminghaus, Corpus juris Germanici). — Neben dem Normaljahr (annus decretorius) wurde zur Feststellung des status quo ein Normaltag (dies decretorius) festgesetzt, und zwar der 1. Januar 1624 für die Reichsunmittelbaren, der Zeitpunkt des Friedensschlusses für die Evangelischen untereinander. Vgl. im allgemeinen die Lehrbücher des Kirchenrechts, u. a. Stutz, Kirchenrecht in Holtzendorff-Köhlers Enzyklopädie § 47.

B) Schriften: Duruy, Geschichte des römischen Kaiserreichs III S. 14 ff.; Holtzmann, Das neue Testament und der römische Staat, 1892; v. Schultze, Geschichte des Untergangs des griechisch-römischen Heidentums I, 1887; Boissier, La fin du paganisme 1898; Allard, Le paganisme au milieu du 4e siècle, 1894; Le christianisme et l'empire romain de Néron à Theodose (Bibl. de l'enseign. de l'hist. ecclés.) 1899; Müller, Die Grenze zwischen Altertum und Mittelalter in der Kirche im Preuß. Jahrb. LX, 1827; Havet, L'hérésie et le bras seculier au moyen âge jusqu'au 13e siècle 1881; Geffken, Staat und Kirche nach Anschauung der Reformation 1879; Stahl, Der christliche Staat 1858; Kahl, Ueber Parität 1895.

C) Die moderne Forderung völliger Ablösung des Staats und des öffentlichen Rechts von der Religion („Religion ist Privatsache") ist bedenklicher für den Staat als für die Kirchen, zumal für die christlichen. Ein religionsloses Staatswesen entbehrt des sittlichen Halts, vgl. v. Ihering, Zweck im Recht II S. 8: „Ohne Hinzukommen der sittlichen Gesinnung ist die ganze Rechtsordnung eine höchst unvollkommene, unsichere". Wahrhaft sittliche Gesinnung kann aber nur in einer religiösen Ueberzeugung wurzeln.

§ 6. Rechtsbegriff der Ehre, Ehrenminderung (Infamie).

Wie das deutsche Wort „Liebe" (amor, caritas), so vieldeutig ist auch das deutsche Wort Ehre (honor, existimatio); beide Begriffe lassen sich durch lateinische Wörtervergleichung klären. Im Gegensatz zu dem von unklaren Philosophen vielfach übermäßig gefeierten Gefühlswert einer sogenannten subjektiven Ehre kommt für das Recht Ehre nur in dem objektiven Sinne in Betracht, für den die lateinische Sprache das bezeichnende Wort existimatio hat, als Wert, der einer Persönlichkeit innerhalb eines Gesellschaftskreises zuerkannt wird. Diese Ehre erlangt daher je nach Abmessung des Kreises eine verschiedene inhaltliche Bedeutung; [1]) es gibt eine allgemeine Menschenehre, eine bürger-

[1]) Zutreffend ist die Darlegung von Schopenhauer, Aphorismen (Parerga und Paralipomena, Frauenstädtsche Ausg. I S. 383): „Der Mensch für sich allein vermag gar wenig und ist ein verlassener Robinson; nur in Gemeinschaft mit den andern ist und vermag er viel. Dieses Verhältnisses wird er inne, sobald sein Bewußtsein sich irgend zu entwickeln anfängt, und alsbald entsteht in ihm das Bestreben, für ein taugliches Mitglied der menschlichen Gesellschaft zu

liche Ehre, die verschiedenen Arten von Berufsehre, Amtsehre usw. (innerhalb der Verbrecherkreise sogar eine selbstverständlich rechtlich unbeachtliche „Gaunerehre“). Die bürgerliche Ehre konnte nach römischen Rechtsvorschriften einer Person 1. vollständig aberkannt werden (consumtio existimationis) oder 2. verringert werden (minuitur existimatio), was mehr oder weniger erhebliche Beschränkungen der allgemeinen Rechtsfähigkeit zur Folge hatte.

I. In die Urzeit zurück reicht die als Zeugnisunfähigkeit bezeichnete Art der Ehrlosigkeit; ein improbus et intestabilis war nicht nur unfähig Zeuge zu sein, sondern auch das Zeugnis eines anderen in Anspruch zu nehmen. Die schwerwiegende Bedeutung dieses vollständigen Ehrverlustes lag ursprünglich in der von v. Ihering nachgewiesenen Unentbehrlichkeit der Zeugen für das System der Selbsthülfe;[1]) die Zeugen des ältesten Rechtssystems waren nichts anderes als die einzigen „Beistände“, auf die man bei der Durchführung oder Behauptung eines Rechts angewiesen

---

gelten, also für eines, das fähig ist, pro parte virili mitzuwirken, und dadurch berechtigt, der Vorteile der menschlichen Gemeinschaft teilhaft zu werden. Ein solches ist er nun dadurch, daß er erstlich Das leistet, was man jedem überall, und sodann Das, was man von ihm in der besonderen Stelle, die er eingenommen hat, fordert und erwartet. Ebensobald aber erkennt er, daß es hierbei nicht darauf ankommt, daß er es in seiner eigenen, sondern daß er es in der Meinung der anderen sei. Hieraus entspringt demnach sein eifriges Streben nach der günstigen Meinung anderer und der hohe Wert, den er auf diese legt; beides zeigt sich mit der Ursprünglichkeit eines angeborenen Gefühls, welches man Ehrgefühl und auch, nach Umständen, Gefühl der Scham (verecundia) nennt. Dieses ist es, was seine Wangen rötet, sobald er glaubt, plötzlich in der Meinung anderer verlieren zu müssen, selbst wo er sich unschuldig weiß; sogar da, wo der sich aufdeckende Mangel eine nur relative, nämlich willkürlich übernommene Verpflichtung betrifft und andrerseits stärkt nichts seinen Lebensmut mehr, als die erlangte oder erneuerte Gewißheit von der günstigen Meinung anderer; weil sie ihm den Schutz und die Hilfe der vereinten Kräfte aller verspricht, welche eine unendlich größere Wehrmauer gegen die Uebel des Lebens sind, als seine eigenen.

Aus den verschiedenen Beziehungen, in denen der Mensch zu anderen stehen kann und in Hinsicht auf welche sie Zutrauen zu ihm, also eine gewisse gute Meinung von ihm zu hegen haben, entstehen mehrere Arten der Ehre.“

[1]) Vgl. Geist des römischen Rechts I § 11 S. 144: „Der zugezogene Zeuge der ältesten Zeit sichert der interessierten Partei im voraus seinen Beistand zu, oder, wie wir es mit einem Wort ausdrücken können, testis heißt Garant. — In einer Zeit, in der die Partei selbst ihr Recht realisiert, ist notwendigerweise die Stellung und Aufgabe der zugezogenen Zeugen eine ganz andere, als in einer Zeit, in welcher der Richter jene Realisierung auf sich genommen hat.“

war. Vgl. Bd. I S. 71 ff. Auch, nachdem später durch das Eingreifen der Staatsbehörde (in jure) die reine Selbsthülfe fortgefallen war, bedeutete diese „Intestabilität", wie Girard[1]) richtig bemerkt, immer noch eine erhebliche Beschränkung der Rechtsfähigkeit, solange die wichtigsten Rechtsgeschäfte, z. B. alle Geschäfte per aes et libram, Mancipation, nexum, Testament die Mitwirkung von Zeugen forderte. Nach den XII Tafeln traf dieser Ehrverlust den, der bei einem Geschäfte als Zeuge oder libripens mitgewirkt hatte, wenn er nachträglich sein Zeugnis über das Geschäft verweigerte, ferner den Verfasser einer Schmähschrift.

II. Der Ehrverlust und die Ehrenminderung der späteren Zeit wurde zusammengefaßt im Begriffe der Infamie. Dieser Rechtsbegriff ist ausgestaltet worden: a) durch die Amtstätigkeit des Zensors (vgl. Bd. I S. 122, 146); zensorische Infamie (nota censoria), b) durch den Prätor, der gewissen Personen das Recht aberkannte, für einen anderen Anträge vor Gericht zu stellen (postulare pro alio) oder vor ihm durch Vermittlung eines Prozeßbevollmächtigten (cognitor, procurator) oder als solcher aufzutreten. Die im Edikt aufgezählten Fälle, in denen Infamie eintrat (infamia juris), werden von den klassischen Juristen zwiefach gesichtet: 1. als infamia juris immediata, d. h. als solche, in denen die Infamie ohne weiteres mit der Vornahme gewisser Handlungen, der Ausübung gewisser Gewerbe verknüpft war; ihr verfielen ipso jure: Kuppler, Bigamisten, Witwen, die das Trauerjahr verletzten, Tierkämpfer, fahrende Künstler, der Vormund, der vor abgelegter Rechnung die Mündel heiratet oder mit seinem Sohne verheiratet.

2. Als infamia juris mediata, d. h. als solche, die erst auf Grund eines Urteils eintrat. Hierher gehörten folgende Fälle:

α) Jede Verurteilung in einem judicium publicum machte, wenn sie nicht geradezu die capitis deminutio maxima herbeiführte, infam.

β) Auch die Verurteilung auf Grund gewisser privater Deliktsklagen, der sogenannten actiones famosae, zog Infamie nach sich (actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, doli, sepulcri violati).

γ) Endlich trat Infamie auch ein bei Verurteilung aus gewissen Kontraktsklagen bei nachgewiesenem schnödem Vertrauensbruch (dolus), so bei der actio mandati, depositi, tutelae und pro socio.

---

[1]) Geschichte und System des römischen Rechts II, 4 § 3 S. 218.

III. Neben dieser infamia juris kennen die römischen Juristen noch eine bloße infamia facti oder turpitudo; sie verstehen darunter die rein gesellschaftliche Ehrenminderung, welche als Folge einer unsittlichen Lebensweise in der öffentlichen Meinung eintritt. Die Wirkung dieser Infamie hängt vom Ermessen des Richters ab; in der Regel soll dem Zeugnis einer persona turpis nicht volle Beweiskraft beigelegt werden, sie sollen nicht zu Vormündern ernannt werden; die Einsetzung einer persona turpis zum Erben zum Nachteil gewisser Verwandten kann mit der sogenannten querela inofficiosi testamenti angefochten werden (Buch III).

Mit dieser infamia facti nicht zu verwechseln ist die bloße „Anrüchigkeit" oder sogenannte levis nota, die mit gewissen Gewerben verknüpft war; bei den Römern waren in diesem Sinne „verächtlich" u. a. nautae, caupones, stabularii; sie waren von Magistraturen ausgeschlossen, konnten nicht zu Geschworenen bestellt werden, waren auch als Zeugen bei förmlichen Rechtsakten (Solennitätszeugen) ausgeschlossen.

Im Justinianischen Recht sind die besonderen Wirkungen der Infamie fortgefallen; über die Wirkung der Ehrenminderung entscheidet hier das richterliche Ermessen (§ 11 J. de ecc. 4, 13).

Quellen und Schriften: l. 5 § 1. De extraordinariis cognitionibus, et si iudex litem suam fecisse diceretur. (50, 13). Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur.

l. 5 §§ 2, 3 ibid. Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa statum libertatis poena plectimur, sicuti cum relegatus quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. § 3. Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit, id est, cum libertas adimitur: veluti cum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, quel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur: nihil enim refert, nec diversa poena est operis et metalli, nisi quod refugae operis non morte, sed poenae metalli subjiciuntur.

Fragm. Vat. 322, 323. Verba autem edicti haec sunt: „Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem, neve dentur, edictum comprehendit." — (323). Quod ait „alieno nomine, item per alios", breviter repetit duo edicta ‚cognitoria, unum, quod pertinet ad eos, qui dantur', alterum ad eos, qui dant; ut qui prohibentur vel dare vel dari cognitores, iidem et procuratores dare darive arceantur.

Ulp. XIII, 1, 2. Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludricam

fecerit; (2) iidem et ceteri autem ingenui prohibentur uxorem ducere palam corpore quaestum facientem et lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et iudicio publico damnatam, et quae artem ludricam fecerit: adicit Mauricianum senatus consultum a senatu damnatam . . .

Ulp. XVI, 2. Aliquando nihil inter se capiunt; id est, si contra legem Juliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam ingenuus uxorem duxerit, aut libertinam senator.

Literatur: Greenidge, Infamia, its place in roman public and private law, Oxford 1894; Karlowa, Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX S. 204—238; Mommsen, Römisches Staatsrecht I 1. A. S. 396 ff., 2. A. S. 467 ff., 3. A. S. 494 ff.; Pernice, Labeo I S. 240—253; Lenel, Edict. perp. S. 61—64 und Zeitschrift der Savigny-St. II, Römische Abt. S. 54—61; Savigny, System II §§ 76—83, Beil. VII; v. Ihering, Zweck im Recht II S. 497—541; Marezoll, Ueber bürgerliche Ehre 1824; Binding, Die Ehre und ihre Verletzbarkeit 1892.

Gemeinrechtlich bestand Streit, ob die infamia juris in Deutschland rezipiert sei. (Das kanonische Recht erklärte alle diejenigen für infam, „quos leges seculi — das weltliche Recht — infames appellant"; Authentiken Friedrichs I. und Friedrichs II. führten noch einige neue Fälle von Infamie ein, z. B. sollte infam sein, wer einen Scholaren beleidigte, wer Ackergeräte oder Vieh oder gar den Landmann selbst auf dem Felde beschädigte). Die Glossatoren hielten die Infamie für gleichbedeutend mit der Ehrlosigkeit des deutschen Rechts und haben sie mit dieser zu einem neuen Institute vereinigt. Nach richtiger Ansicht (Savigny) sind die Wirkungen der römisch-rechtlichen Infamie, als dem öffentlichen Recht angehörig, nicht rezipiert worden.

Wegen des heutigen Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte im Deutschen Reich vgl. RStGB. §§ 31—37, BGB. §§ 1781, 2237, 1318. Die infamia facti entspricht in gewissem Grade Feststellung eines „ehrlosen und unsittlichen Verhaltens", BGB. §§ 1568; 1666; 2333, 5; 2336, 4. Schweiz. Zivilgesetzb. artt. 138, 139.

§ 7. Handlungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit), Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen (Deliktsfähigkeit); Einfluß der Altersstufen.

I. Der rechtswissenschaftliche Begriff der Handlungsfähigkeit hat, wie der juristische Begriff der Handlung selbst, einen von der natürlichen, auch psychologischen Bedeutung dieses Worts durchaus abweichenden Inhalt gewonnen. Man muß sich den Unterschied des fachwissenschaftlichen Kunstausdrucks mit allen seinen Folgerungen klar machen und stets gegenwärtig halten, um nicht auf Abwege in der Erklärung und Auslegung zahlreicher an diesen Begriff anknüpfenden Bestimmungen zu geraten. Der Psychologe nennt Handlung jede ursächlich in die Außenwelt eingreifende Bewegung eines Menschen, die von bewußten Zielvorstellungen begleitet wird, im Gegensatz zu bloßen Reflexbewegungen, sogenannten

„Reaktionen“ und „automatischen Akten“ (Willenshandlung); das deutsche Wort erinnert an das wichtigste Arbeitswerkzeug des menschlichen Körpers (Hand). Rechtshandlungen sind Handlungen in diesem psychologischen Sinne nur, soweit ihnen eine Wirkung durch die Rechtsordnung beigelegt wird, d. h. soweit dadurch subjektive Rechte oder Rechtsverhältnisse begründet, abgeändert oder aufgehoben werden; für die Rechtsordnung kommen als Handlungen in diesem natürlichen, psychologischen Sinne vorwiegend Ausdrucksbewegungen und begreiflicherweise in erster Linie die Sprachbewegungen in Betracht. Aber, da die Rechtsordnung nicht nur an die positive Vornahme solcher Handlungen im natürlichen, psychologischen Sinne, sondern vielfach, als Pflichtordnung, auch an die Unterlassung solcher Handlungen rechtliche Folgen knüpft, so hat der juristische Begriff der Handlung eine völlig abstrakte, abgezogene, vergeistigte Bedeutung erlangt dahin, daß er im weitesten Sinne auch Unterlassungen (sogenannte negative Handlungen) umfaßt. Das Strafrecht unterscheidet Kommissivdelikte, Uebertretung von Verbietungsnormen, und Omissivdelikte, Unterlassungsvergehen, Verletzung positiver Gebote (letztere sind zahlreich auf dem Gebiete des sogenannten Polizeistrafrechts); es kennt aber auch unter Umständen die Möglichkeit eines Kommissivdelikts durch Unterlassung. Zivilrechtlich müssen wir die Handlungsfähigkeit definieren als Zurechnungsfähigkeit, Verantwortlichkeit für rechtlich erhebliche Handlungen im weitesten Sinne (Handlungen und Unterlassungen). Bedingt ist diese Zurechnung durch Urteilsfähigkeit der Person. Man unterscheidet heutzutage zweckmäßig zwei verschiedene Seiten dieser juristischen Handlungsfähigkeit, nämlich die sogenannte Geschäftsfähigkeit als Fähigkeit, Geschäfte mit rechtlicher Wirkung abzuschließen, und die Zurechnungsfähigkeit im engeren Sinne, die Verantwortlichkeit für verletzende Handlungen mit Einschluß der Unterlassungen (Pflichtverletzungen, die in die Rechtssphäre anderer Personen eingreifen, unerlaubte Handlungen), Deliktsfähigkeit.

Uranfänglich wird die Rechtsfähigkeit mit der Handlungsfähigkeit insofern untrennbar verbunden gewesen sein, als in der Urzeit (vgl. Bd. I S. 43 f., 162 f., manus als Urrecht, Tatkraft als Quelle des Rechts) erstere ohne letztere nicht denkbar war. Mit der Bildung des Staats haben jedoch die Begriffe Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit sich so scharf von einander getrennt, daß einer-

seits zahlreiche Personen ohne handlungsfähig zu sein, im Genusse einer unbeschränkten oder beschränkten Rechtsfähigkeit sein können; andrerseits kannte das römische Recht auch „Personen", denen zwar die Rechtsfähigkeit wenigstens grundsätzlich aberkannt war, nämlich die Sklaven, die aber doch im weitgehenden Sinne handlungsfähig waren, d. h. die Fähigkeit hatten, ihren Herrn sowohl durch Rechtsgeschäfte zu berechtigen als auch, wenigstens bis zu einem gewissen Umfange, durch Rechtsgeschäfte und Delikte zu verpflichten.

Im heutigen Recht, nach Beseitigung der Sklaverei, ist wiederum, wie in der Urzeit, Handlungsfähigkeit stets mit Rechtsfähigkeit verknüpft, aber aus dem umgekehrten Grunde, weil nunmehr alle Menschen als rechtsfähig gelten. Die Begriffe Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit sind jetzt aber um so schärfer auseinanderzuhalten, als das moderne Recht die Möglichkeit, daß jemand seine Handlungsfähigkeit in den Dienst eines anderen stellt, in weit größerem Umfange bietet, als das römische Recht. Dies wird jedoch erst in § 8 bei der Entwicklung der sogenannten freien Stellvertretung näher zu erörtern sein.

II. Die Handlungsfähigkeit im Rechtssinne kann, da sie durch Urteilskraft bedingt ist, ausgeschlossen werden sowohl durch regelmäßige als auch durch regelwidrige Hemmungen oder Störungen der Urteilskraft, d. h. entweder (normal) durch Mangel der geistigen Reife oder (anormal) durch geistige Minderwertigkeit oder geistige Störungen.

1. Einfluß des Lebensalters auf die rechtliche Handlungsfähigkeit: Das älteste System des römischen Rechts kannte noch keine gesetzliche Abgrenzung eines zur vollen oder beschränkten Geschäfts- oder Deliktsfähigkeit erforderlichen Lebensalters. Eng begrenzt durch die Familiengewalt des Hausherrn trat die Geschäftsfähigkeit regelmäßig erst ein, wenn bei einem hierzu bestimmten Familienfeste der junge Römer die toga praetexta ablegte und sich mit der toga virilis bekleiden durfte, und dies hing von dem Beschlusse seines Gewalthabers ab.

Die klassischen Juristen und mit ihnen das Justinianische Recht unterschieden auf dem Wege zur vollständigen Handlungsfähigkeit folgende Vorstufen:

A. Die sogenannte infantia d. h. dasjenige Alter, in dem die geistige Entwicklung es in der Regel noch nicht zur Einsicht in rechtlich bedeutungsvolle Worte gebracht hat (vgl. Bd. I S. 69, 191, fari). In der Kaiserzeit, mindestens seit Justinian, endete diese Stufe vollständiger Geschäftsunfähigkeit mit dem vollendeten siebenten

Lebensjahre. Ein infans konnte weder für sich selbst noch für andere ein Rechtsgeschäft abschließen, auch keine einseitigen Rechtshandlungen vornehmen, nicht einmal zu seinem Vorteile; nur hinsichtlich des Besitzerwerbs macht die l. 32 § 2 D. h. t. 41, 2 [1]) für den Fall hinzutretender auctoritas tutoris eine Ausnahme, und schließlich hat die l. 3 Cod. 7, 32 auch bei Schenkungen die auctoritas tutoris überflüssig gemacht.

Selbstverständlich waren infantes auch für unerlaubte Handlungen nicht verantwortlich, also „nicht deliktsfähig".

B. Impuberes infantia majores: So hießen im Justinianischen Recht diejenigen Unmündigen, die zwar das siebente Lebensjahr vollendet, aber noch nicht die Geschlechtsreife (Pubertät) erlangt hatten. Ursprünglich endete diese zweite Stufe der Unmündigkeit erst mit der Anlegung der toga virilis; ihre Dauer war also in zweckmäßiger Weise von dem Urteil des Gewalthabers, des Vaters, der Agnaten abhängig gemacht. Erst mit dem Verfall des römischen Familienverbandes und vom Standpunkte des jus gentium aus entstand das Bedürfnis einer gesetzlichen Begrenzung. Die klassischen Juristen stritten über die Grenze der Pubertät; die Sabinianer forderten individuelle Prüfung und Bestimmung der geistigen Reife, die Prokulejaner nahmen allgemein das vollendete 12. Lebensjahr für Mädchen, das vollendete 14. für Knaben als Grenze an, eine dritte Ansicht wollte beide Voraussetzungen vereinigen.[2]) Justinian hat sich für die Ansicht der Sabinianer entschieden. Diese Unmündigen konnten Rechtsgeschäfte abschließen, durch die sie ausschließlich berechtigt wurden. Ausschließlich verpflichtende Rechtsgeschäfte aber und Veräußerungen konnten sie nur auctoritate tutoris, unter Mitwirkung des Vormunds, vornehmen, sofern sie sui juris waren, d. h. nicht unter väterlicher Gewalt standen. Für Geschäfte aber, die zugleich berechtigen und verpflichten, trat bei Mangel der vormundschaftlichen Mitwirkung das eigentümliche Rechtsverhältnis des negotium claudicans ein: der andere Kontrahent mußte sich, wenn der Vormund das Geschäft genehmigte, die „Konvaleszenz" desselben gefallen lassen, durch welche dann für beide Teile Gültigkeit des Geschäfts eintrat, während er selbst durch seinen Willen diese Konvaleszenz nicht herbeiführen konnte.

[1]) Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem (Paulus).

[2]) Ulpian, fragm. XI; 28 (s. unten S. 53).

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit für Delikte kam es bei den infantia majores lediglich auf die individuelle Entwickelung an, und zwar konnte auch diese nicht allgemein, sondern immer nur für den besondern Fall im Hinblick auf die in Frage kommende Handlung festgestellt werden; dies galt auch für die Haftung wegen dolus und culpa innerhalb kontraktlicher Verhältnisse. Man hat irrigerweise unter Verkennung dieser individuellen Zurechnung auch die infantia majores wiederum allgemein in die zwei Unterabteilungen der infantiae und pubertati proximi einteilen wollen unter Halbierung des Zwischenraums zwischen 7 und 14 bzw. 12, so daß 10 1/2 bzw. 9 1/2 die Scheidegrenze bilden würde. Das Gegenteil dieser zu den unbilligsten Folgerungen führenden Ansicht geht deutlich aus unbefangener Würdigung zumal de l. 23 D. de furt. 47, 2 und l. 5 § 2 D. ad leg. Aqu. 9, 2 hervor; es kam lediglich darauf an, ob der einzelne doli bzw. injuriae capax war.

C. Puberes minores XXV annis. Im ältesten System trat mit Erlangung der Geschlechtsreife (Pubertät) volle Handlungsfähigkeit ein. Theoretisch hätte demnach ein fünfzehnjähriger Römer als nächster Agnat sogar Vormund seiner jüngeren Geschwister sein können, ein für unsere Anschauungen schwer verständliches Ergebnis. Allein einerseits ist zu beachten, daß bei weitem der größte Teil aller nach heutigem Rechte Minderjährigen in Rom der väterlichen Gewalt unterworfen war, und daß diese personae alieno juri subjectae keine vermögensrechtliche Selbständigkeit besaßen, andrerseits aber, daß die einfachen, überwiegend bäuerlichen Wirtschaftsverhältnisse der älteren Zeit weder an die Urteilskraft noch an die sittliche Widerstandskraft der ins Leben tretenden Jugend solche Anforderungen stellten, wie die verwickelteren Geschäftsformen und größeren Versuchungen des entwickelteren Verkehrslebens der späteren Zeit.

Erst nach dem zweiten punischen Kriege wurde in Rom das Bedürfnis fühlbar, den vaterlosen Mündigen bis zu einer höheren Altersgrenze einen weiteren Schutz gegen Uebervorteilung und Verführung zu gewähren, und so führte denn (um 190 v. Chr.) die lex Plaetoria den völlig neuen Begriff der Minderjährigkeit und den sogenannten curator minoris ein, indem sie alle jungen Leute unter 25 Jahren unter den Schutz eines judicium publicum stellte. Gegen den, der einen jungen Menschen unter 25 Jahren geschäftlich übervorteilt hatte, konnte nunmehr jedermann eine den Verurteilten

infamierende Popularklage (actio legis Plaetoriae) erheben; um sich aber vor der Gefahr dieses Prozesses zu sichern, konnte der andere Kontrahent die Bestellung eines curator für den „pubes minor“ beantragen; hatte ein solcher curator seinen Konsens zum Geschäfte erteilt, so war sowohl die actio als auch die exceptio legis Plaetoriae ausgeschlossen.

Abgesehen von dem Schutze der lex Plaetoria gewährte der Prätor den Minderjährigen Wiederherstellung in den früheren Stand — in integrum restitutio —, falls sie in Leichtsinn oder Unerfahrenheit ein ihnen nachteiliges Geschäft abgeschlossen hatten. Seit Mark Aurel nötigte man die Minderjährigen indirekt und nachdrücklich dazu, sich selbst zur Verwaltung ihres Vermögens Kuratoren zu erbitten. Die Stellung dieser Kuratoren war formell von derjenigen des Vormundes (tutor) insofern verschieden, als letzterer (der tutor) für seinen pupillus (Mündel) die auctoritas „interponierte“ d. h. dessen an sich unvollkommenen Willen ergänzte, während ersterer (der curator) als bloßer Beistand lediglich den Konsens d. h. die Zustimmung zu einem an sich vollkommenen Willen erteilte. Die Fähigkeit der Minderjährigen, zu veräußern und sich durch Verträge zu verpflichten, wurde durch ihre Stellung unter Kuratel ursprünglich nicht berührt; aber es blieb ihnen die Restitution offen, wenn sie verletzt waren. Diokletian jedoch erklärte die Minderjährigen unter Kuratel für veräußerungsunfähig, indem er sie entmündigten Verschwendern gleichstellte. Darin lag, wie Dernburg (Pandekten I § 53) richtig bemerkt, die Folgerung, daß sie nunmehr sich auch durch Verträge nicht mehr zu vermögensrechtlichen Leistungen verpflichten konnten, sofern sie durch deren Abschluß nicht ihre Vermögenslage verbesserten. Minderjährige ohne Kuratoren waren auch nach Justinianischem Recht veräußerungs- und verpflichtungsfhäig, konnten aber in integrum restituiert werden. Alle mündigen Minderjährigen waren ehefähig und testamentsfähig, ohne Unterschied, ob sie einen Kurator hatten oder nicht.

Schriften und Quellenstellen. Ueber den psychologischen, richtiger psychophysiologischen Begriff der Handlung vgl. die gründlichen Ausführungen von Ziehen in dessen „Leitfaden der physiologischen Psychologie, 14. Vorlesung S. 190 ff., desselben Psychiatrie S. 136 ff. (Störungen des Handelns). Zum juristischen Begriff vgl. vor allem Savigny, Von dem Schutze der Minderjährigen im römischen Rechte. Berlin 1835. 2. Ausgabe in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft X 1840 S. 232 ff.; 3. verm.

Ausgabe in Savignys Vermischten Schriften II, 1850 S. 321—395; Wächter, Pandekten I S. 219—225; Dernburg, Pandekten I § 53. Im einzelnen herrscht über die Rechtsstellung der mündigen Minderjährigen im klassischen römischen Recht keine volle Uebereinstimmung; schon die Glossatoren und vor allem die Postglossatoren stritten über die Bedeutung der l. 101 D. de v. o. 45, 1: Puberes sine curatoribus possunt ex stipulatu obligari; die Mehrheit nahm, wie oben mit Dernburg an, daß jedenfalls der Minderjährige unter Kuratel seit Diokletian mit der Veräußerungsfähigkeit auch die Verpflichtungsfähigkeit verloren habe. Vgl. Gl. ad cst. 3 de in integr. rest. 2, 21 (unten). Bartolus, Baldus, Paulus Castrensis in Comm. in Cod. ad cst. 3 cit., auch Zasius Comm. in tit. de v. o. 45, 1, ad l. 101, Sichardus Praelect. in Cod. cst. 3 cit.; Donellus, Comm. de jur. civ. XII c. 22 §§ 14, 15; v. Ihering, Jahrbuch für Dogmatik XII S. 347 ff.; Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 374 ff.; Vangerow, Pandekten I § 291 n. 2; Ubbelohde in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 696 ff.; Huschke, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 311; Conta, Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger, Diss. Göttingen 1891.

Quellenstellen: Ulp. XI, 28: Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, i. e. qui generare possit; Proculejani autem eum, qui quattuordecim annos explevit; verum Priscus, eum puberem esse: in quem utrumque concurrit, et habitus corporis et numerus annorum. pr. J. I, 22, Nostra autem majestas dignum esse castitate temporum nostrarum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est; i. e. inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viri potentes esse credantur. pr. J. de auct. tut. I, 21: Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: ut ecce, si quid dari sibi stipuletur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui eum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

L. 111 pr. D. de reg. juris 50, 17: Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi et injuriae faciendae. Nep. l. 4 § 26 D. de doli exc. 44, 4: Julianus saepissime scripsit, doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse.

Minores: L. 1 D. pr. de minoribus 4, 4: — fragile et infirmum hujusmodi aetatis consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum. L. 3 Cod. de in integrum restitutione 2, 21: Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res venumdedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habetur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est, si vero sine curatore constitutus contractum

fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excisserint, causa cognita non prohiberis.

pr. J. de cur. I, 23: Masculi puberes et feminae viri potentes usque ad XXV annum completum, . . . licet puberes sint, adhuc tamen hujus aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint.

L. 1 § 3 D. de min. 4, 4: Et ideo hodie usque ad hanc aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.

L. 101 D. de v. o. 45, 1: Puberes sine curatoribus possunt ex stipulatu obligari. Gajus l. 141 § 2 eod: — pubes vero qui in potestate est, proinde ac si pater familias, obligari solet. Paulus l. 43 D. de o. et a. 44, 7: Obligari potest pater familias suae potestates: pubes, compos mentis.

Venia aetatis: Durch besondere Bewilligung des Regenten konnte in der Kaiserzeit dem Minderjährigen die volle Geschäftsfähigkeit eines Volljährigen verliehen werden, causa cognita, falls der junge Mann das 20., das junge Weib das 18. Lebensjahr vollendet hatte. Cod. 2, 44.

Die deutsche Rechtsentwicklung, Reichspolizeiordnung von 1548, beseitigte durch einheitliche Gestaltung der Vormundschaft den Unterschied zwischen tutores und curatores und damit zwischen impuberes und minores; nach BGB. ist zu unterscheiden zwischen vollständiger Geschäftsunfähigkeit (bis zum vollendeten siebenten Lebensjahr) und beschränkter Geschäftsfähigkeit (vom vollendeten siebenten bis zum vollendeten 21. Lebensjahr) BGB. §§ 2, 106. Außerdem vgl. §§ 1303, 2229 Abs. 2 (Ehefähigkeit, Fähigkeit zu letztwilligen Verfügungen), endlich die bei unerlaubten Handlungen wichtige Billigkeitsbestimmung in §§ 828, 829. Im Schweizer. Zivilgesetzbuch vgl. Art. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19.

2. Geistige und körperliche Gesundheit. Zur vollen Handlungsfähigkeit im natürlichen Sinne ist Gesundheit des Geistes und Körpers erforderlich (mens sana in corpore sano). Eine Erörterung der mannigfaltigen dauernden oder vorübergehenden krankhaften Störungen der Geistestätigkeit, deren Kenntnis freilich für den Juristen als Hülfswissenschaft unentbehrlich ist, gehört nicht hierher, sondern in die Lehre von den psychologischen Voraussetzungen der Rechtswissenschaft. Bei den Römern, wie überhaupt im Altertum und teilweise selbst noch in unserer Zeit, war die Wissenschaft von diesen Störungen in hohem Grade rückständig; die Unterscheidungen der Quellen zwischen furiosi, dementes, mente capti, fatui haben ebensowenig wissenschaftlichen Wert, wie die der meisten modernen, ohne Zuziehung Sachverständiger abgefaßten Gesetzbücher (Raserei, Wahnsinn, Blödsinn usw.). Festzuhalten ist nur daran, daß jegliche Aufhebung der Urteilskraft (judicium), sei sie vorübergehend oder dauernd, die Handlungsfähigkeit ausschließt. Ein besonderes diesen Mangel der Handlungsfähigkeit formell fest-

stellendes Entmündigungsverfahren (deutsche ZPO. §§ 645—687) war den Römern unbekannt, wenngleich Vormundsbestellung üblich war (§ 4 J. de cur. I, 23, L. 2 D. de post. 3, 1).[1]) Abweichend von dem in dieser Hinsicht vorsichtigeren jetzigen deutschen Recht berücksichtigte man auch bei Geisteskranken die sogenannten lichten Zwischenräume (lucida intervalla).

Körperliche Gebrechen fanden nicht die weitgehende Beachtung, die ihnen das ältere deutsche Recht zollte (vgl. oben S. 21); sie konnten nur zu gewissen Rechtsgeschäften oder rechtlichen Leistungen unfähig machen, Versäumnisse entschuldigen, von einer Rechtspflicht befreien oder eine besondere Fürsorge veranlassen (curator debilium).

Vgl. l. 1 pr. D. de v. o. 45, 1; § 6 J. de test. ord. 2, 10; l. 10 D. de auct. et cons. tut. 26, 8; l. 5 D. de post. 3, 1; Ulpian XV, 2, 3; Pomp. l. 13 de tut. 26, 1: „magis administrator rerum, quam curator".

Der sogenannte morbus sonticus (l. 65 § 1 D. de aed. ed. 21, 1; l. 113 D. de V. S. 50, 10) ist nichts weiter als eine erhebliche Krankheit. Vgl. Clemm in Curtius Studien III S. 328 ff. L. 60 D. de re jud. 42, 1: Morbus sonticus existimandus est, qui cujusque rei agendae impedimento est.

3. Entmündigung wegen Verschwendung. Dem, der einen eingewurzelten Hang zur Verschwendung bekundete, konnte schon nach dem XII. Tafelgesetz die Verwaltung seines Vermögens durch obrigkeitliche Anordnung des Prätors entzogen werden (bonorum interdictio); er stand dann in Ansehung der Geschäftsfähigkeit dem impubes infantia major gleich; auf seine Haftung für unerlaubte Handlungen hatte diese Entmündigung keinen Einfluß.

Ulpian, l. 1 pr. D. de cur. fur. 27, 10: Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est.

Paul. III, 4 § 7: Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando Tibi Bona Paterna Avitaque Nequitia Tua Disperdis Liberosque Tuos Ad Egestatem Perducis, Ob Eam Rem Tibi Ea Re Commercioque Interdico.

Ulpian, l. 6 D. de v. o. 45, 1: Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest vel promittendo obligari.

Das BGB. hat diesem Entmündigungsfall (§§ 6, 114, 2229) noch den wegen Trunksucht hinzugefügt, eine wertvolle Neuerung. Im Schweiz. Zivilgesetzb. vgl. Art. 370.

---

[1]) Cum istis quoque personis curator detur.

§ 8. Die Stellvertretung.

Ein Mensch, der rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig ist, würde Rechte zwar haben, jedoch nicht erwerben und aufgeben, sich nicht verpflichten können, also vom Rechtsverkehr tatsächlich ausgeschlossen sein, wie ursprünglich der Fremde, solange ihm kein „commercium" eingeräumt war, wenn nicht eine handlungsfähige Person als sein Vermittler eintreten könnte. Daher mußte die im vorstehenden Paragraphen dargelegte begriffliche Scheidung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit die Stellvertretung notwendig erscheinen lassen d. h. die rechtliche Möglichkeit, daß eine handlungsfähige Person durch ihre Willenserklärungen unmittelbar Rechte und Pflichten für einen anderen, den Vertretenen als Vertreter begründen kann.

Diese Möglichkeit erscheint im modernen Recht als etwas so selbstverständlich Unentbehrliches, daß die langsame Entwicklung ihres Gedankens im römischen Recht, das auch in seiner ausgereiften Gestalt als jus gentium die im fachwissenschaftlichen Sinne sogenannte unmittelbare Stellvertretung nur in beschränkter Weise zuläßt, geradezu als Musterbeispiel der in Bd. I S. 4 ff. allgemein gekennzeichneten geschichtlichen Entstehung der Rechtsbegriffe und „Institutionen" dienen kann. Um dieses langsame Reifen des Stellvertretungsgedankens zu begreifen, hat man sich zunächst klar zu machen, daß die unmittelbare Stellvertretung im rechtlichen Sinne auf einer Trennung von Wirkung und Ursache beim Rechtsgeschäft beruht: die Ursache, die Handlung entsteht durch die Person des Stellvertreters, die Wirkung, die Rechtsfolge tritt unmittelbar für die Person des Vertretenen ein; diese Spaltung erschien noch den klassischen Juristen als unnatürlich (vgl. l. 11 D. de O. et A. 44, 7).[1]) Andrerseits kommt viel darauf an, den Stellvertreter im rechtswissenschaftlichen Sinne vom bloßen Teilnehmer am Rechtsgeschäft zu unterscheiden, der wiederum, entweder ein juristischer oder ein bloß faktischer Gehülfe für das sich in der Hauptsache durch eigene Willenshandlung des Rechtssubjekts vollziehende Geschäft ist; ein juristischer Teilnehmer wirkt mit, indem er juristisch wesentliche Teile des Tatbestandes verwirklicht, ein bloß faktischer Gehülfe

---

[1]) Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt (Ursache), nisi ex nostra persona obligationis initium sumant (Wirkung), inanem actum nostrum efficiunt. Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III S. 173.

vollzieht rechtsbegrifflich unwesentliche, wenn auch tatsächlich oft unerläßliche und wertvolle Nebenleistungen zur Ermöglichung des Geschäfts. Juristischer Teilnehmer ist u. a. bei einem formellen Rechtsgeschäft der Solennitätszeuge oder der Beamte, z. B. der Prätor bei der in jure cessio. Die wichtigste Form bloß faktischer Teilnehmerschaft dagegen bietet der „Bote" (nuntius) im juristisch technischen Sinne; er ist, wie Windscheid sagt, bloß (faktischer) Stellvertreter in der Erklärung des Willens, nicht für die Willenshandlung selbst, „ein lebendiger Brief", ein lebendiges Werkzeug der Mitteilung. Der Bote braucht daher nicht handlungsfähig, nicht geschäftsfähig im rechtlichen Sinne zu sein; ein Minderjähriger kann unbedenklich als bloß faktischer Gehülfe zu einem Rechtsgeschäft herangezogen werden.

Die eigentliche, juristische Stellvertretung setzt eine Vertretungsmacht (Vollmacht) voraus, die entweder unmittelbar auf Gesetz oder auf obrigkeitlicher Anordnung beruht („gesetzlicher Vertreter") oder auf einem Rechtsgeschäft des Vertretenen („gewillkürte", rechtsgeschäftliche Vollmacht). In diesem Gegensatze der öffentlichen und privaten Vollmacht tritt der tiefer begründete Unterschied der notwendigen (rechtsnotwendigen) oder gesetzlichen Stellvertretung einerseits und andrerseits freiwilligen („gewillkürten") Stellvertretung zutage.

1. Man wird ohne weiteres geneigt sein, den Gedanken einer rechtsnotwendigen Stellvertretung, wie schon zu Anfang dieses Paragraphen angedeutet wurde, zunächst für geschäftsunfähige Personen unentbehrlich zu halten. Gleichwohl war das national römische Recht weit entfernt, ihn auch nur für diese Fälle von vornherein zugrunde zu legen. Für einen geschäftsunfähigen Hausuntertanen trat der Gewalthaber (pater familias) begreiflicherweise nicht als „Stellvertreter" ein, sondern es reichte in allen hier einschlägigen Verhältnissen der schon in Bd. I S. 44 f. und demnächst im Familienrecht eingehender zu erörternde Begriff des manus aus. Der Gedanke des Gewaltrechts wurde aber selbst auf die Vormundschaft für gewaltfreie Personen übertragen. War doch die eigentliche tutela eine vis et potestas in capite libero, vgl. Bd. I S. 160. Soweit der Mündel selbst erwerben sollte, mußte er auch selbst auftreten und der Vormund dazu seine gegenwärtige Mitwirkung (auctoritatis interpositio) gewähren (Auctoritas = Ansehen und „Gewährschaft"). Der curator des geschlechtsreifen Minderjährigen kam ebenfalls nicht als Stellvertreter, sondern als juristischer Teilnehmer mit

bloßer Genehmigung (consensus) in Frage. Die heutige Auffassung des Vormundes und selbst des Vaters als eines gesetzlichen Vertreters ist also erst ein Erzeugnis der sogenannten gemeinrechtlichen Entwicklung. (Näheres im Vormundschaftsrecht).

2. Die ersten Ansätze des eigentlichen Stellvertretungsgedankens bildeten sich im freiwilligen Geschäftsverkehr des jus gentium. Eine wahre Stellvertretung wurde zweifellos schon vor Ende der Republik zugelassen auf sachenrechtlichem Gebiete, bei der Erwerbung des Besitzes und ähnlichen faktischen Verhältnissen und deren unmittelbaren Rechtswirkungen (Tradition, negotium juris gentium), dann auch bei allen Obligationen, die durch Eigentumsübertragung (dare) vermittelt wurden; vielleicht wurde hier der Grundsatz der Unzulässigkeit der Stellvertretung verschleiert durch die Möglichkeit, den „Vertreter" als bloßen „Boten", als bloß tatsächlichen Vermittler der Uebertragung aufzufassen, beispielsweise konnte beim Darlehen der Auszahler des Darlehns im Namen eines anderen diesem anderen zum Anspruch auf Rückzahlung berechtigen.[1]) Im Anschluß hieran setzte sich beim Zahlungsgeschäft der Satz durch: alium pro alio solvere posse.[2]) Wegen der Zulassung der Vertretung im Prozeß ist auf Bd. I S. 226 f. zurückzuverweisen. Abgesehen von diesen Fällen blieb die unmittelbare Stellvertretung dem eigentlichen römischen Recht nach herrschender Ansicht ein fremder Gedanke; ganz unbestritten ist, daß die formellen negotia juris civilis nur im eigenen Namen mit Wirkung für den Handelnden selbst vollzogen werden konnten.

Auch das kanonische Recht ist nicht grundsätzlich über das römische Recht hinausgegangen, wenn es gleich einzelne neue Fälle der Stellvertretung anerkannte.

Erst seit dem 17. Jahrhundert hat sich eine allgemeine Anerkennung dieses Rechtsgedankens, augenscheinlich unter dem Einfluß der naturrechtlichen Schule durchgesetzt, so daß mit Ausnahme ganz bestimmter Rechtsgeschäfte, deren höchstpersönliche oder formelle Natur mit der Stellvertretung unvereinbar ist (z. B. Eheschließung, Annahme an Kindes Statt, letztwillige Verfügungen) die

[1]) Vgl. l. 9 § 2 D. de reb. cred. 12, 1: sive autem suo nomine quis obligatus sit sive alieno, per hanc actionem recte convenitur. Vgl. andere Fälle in l. 2 Cod. per quas 4, 37; l. 13 D. de adm. tut. 26, 7; l. 35 § 2 D. de don. 39, 5; bei Bestellung der Mitgift l. 48 § 1 D., l. 81 de j. d. 23, 3.

[2]) L. 23 l. 40, l. 53 D. de solut. 46, 3.

unmittelbare Stellvertretung im modernen Recht grundsätzlich zulässig erscheint.

Die Erklärung für die skizzierte langsame Entwicklung des Stellvertretungsgedankens ist selbstverständlich nicht in dem rein logischen Bedenken des Juristen Paulus (C. 11 D., zit. S. 56 oben) zu finden; sie liegt auch nicht, wenigstens nicht ausschließlich in dem sittlichen Grundsatze „Selbst ist der Mann“ (Unger) oder dem sittlichen Vorurteil, daß die Verwendung eines Freien zum Erwerb für andere unziemlich sei (Schloßmann), vielmehr teilweise zunächst in ihrem mangelndem Bedürfnisse bei räumlich beschränktem Verkehr (vgl. Bd. I S. 225), zumal auch darin, daß eine besondere Art sogenannter notwendiger Stellvertretung, der durch das Gewaltverhältnis vermittelte Erwerb durch Sklaven und Haussöhne den Bedarf einer freien Stellvertretung nicht so fühlbar machte; also ist die Erklärung in rein wirtschaftlichen Verhältnissen zu suchen. Daneben verdient der übrigens auch schon von v. Ihering betonte und von Regelsberger hervorgehobene Grund gewürdigt zu werden, daß dem römischen Recht vor allem die „Klarheit“ und „Bestimmtheit“ des Rechtsverkehrs am Herzen lag, daß aber die Zulassung von Stellvertretern zu Zweifeln und Verwicklungen Anlaß geben kann, die diesen Rechtsgedanken auch heutzutage oft in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen lassen.

Um seinem Mißbrauch zu unlauteren Zwecken vorzubeugen (Kreditfälschungen) ist vor allem daran festzuhalten, daß das Rechtsgeschäft erkennbar im Namen des dominus negotii (des Vertretenen, des „Prinzipals“) abgeschlossen sein muß.

Die Vollmacht als Ermächtigung gegenüber der Außenwelt, gegenüber dem „Dritten“ ist vom Auftrag, als einem rein obligatorischen Geschäft, oder von sonstigen Grundgeschäften, die zu dieser Ermächtigung Anlaß geben können, begrifflich scharf zu trennen. Die juristisch handelnde Person ist bei dem durch Stellvertretung zustande kommenden Geschäft zunächst nur der Stellvertreter; er muß handlungsfähig sein und die Wirkungen des Geschäfts werden zunächst ausschließlich nach seinen Wollungen und Vorstellungen bestimmt, u. a. auch die Anfechtbarkeit oder zur Nichtigkeit nach seinen Willensmängeln (dolus, Irrtum, culpa, sogenannte Repräsentationstheorie). Doch darf sich, wie zutreffend Regelsberger sagt, der Vertretene „nicht hinter die Unkenntnis des Stellvertreters verschanzen“.

3. Ein wichtiges und noch eingehender zu erörterndes Ersatzmittel bot den Römern für die bei ihnen nur sehr begrenzt zulässige unmittelbare oder offene Stellvertretung die auch heutzutage nicht minder häufige sogenannte mittelbare (indirekte, stille) Stellvertretung. Hier handelt ein anderer (B), der Ersatzmann, der stille oder mittelbare Stellvertreter, im eigenen Namen, aber für Rechnung des A, sei es nun auf Grund eines Auftrags oder einer sonstigen nach außen nicht hervortretenden rein obligatorischen Beziehung zu A. (Als Musterfall im heutigen Recht kann der Kommissionär gelten, HGB. §§ 383 ff.)

In allen Fällen einer solchen mittelbaren Stellvertretung hat der A zunächst keinen Anspruch aus dem Geschäfte des B, des Ersatzmanns, gegen den Dritten; er muß sich den Anspruch des letzteren erst abtreten (zedieren) lassen, was für den Ersatzmann, der in seinem Anspruch Deckung für etwaige Auslagen und sonstige Ansprüche aus dem obligatorischen Verhältnisse findet, nicht unwichtig ist. Denn, wie die Ansprüche hier ursprünglich nur in der Person des Ersatzmanns entstehen, so treffen ihn zunächst ausschließlich auch alle Verpflichtungen aus dem Geschäfte. Die Entwicklung des jus gentium führte aber schließlich dazu, dem Dritten unter bestimmten Voraussetzungen auch aus solchen Geschäften mittelbarer Stellvertretung einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn zu gewähren, der, weil er den ursprünglichen Anspruch gegen den Vertreter nicht ausschloß, sondern zu ihm hinzutrat, als actio adjecticia bezeichnet wurde; er war, da es sich um eine Ausdehnung der actio in subjektiver Richtung handelte, eine actio utilis (vgl. Bd. I S. 238). So wurde in allen Fällen, wo die Stellvertretung auf einem öffentlichen Amte (z. B. Vormundschaft) beruhte, die Klage aus dem vom Vertreter geschlossenen Geschäfte nach Endigung des Amtes als utilis actio dem Vertretenen, aber auch dem Dritten gegen diesen gewährt. Einen Hauptfall dieser adjecticia actio aber bildet die actio exercitoria und institoria aus Geschäften, welche jemand mit einem magister navis (Schiffsführer, Kapitän) oder institor (Faktor, d. h. dem für einen bestimmten Geschäftsbetrieb im Handel oder Gewerbe Angestellten) abgeschlossen hatte; innerhalb der Grenzen ihrer Vollmacht (lex praepositionis), übrigens gleichviel, ob der magister oder institor Haussohn, Sklave oder freier Angestellter (extranea persona) war, konnte man mit einer solchen Klage den Rheder (exercitor) oder Prinzipal (dominus) belangen.

Heutzutage wird in diesen Fällen in der Regel offene Stellvertretung vorliegen. In Fällen stiller Vertretung konnte schließlich auch noch auf eine sogenannte actio de in rem verso zurückgegriffen werden, wenn der Vertretene aus dem Geschäft einen Vorteil erlangt hatte, tatsächlich bereichert war (Diocletian und Maximinian in l. 7 § 1 Cod. IV, 26). Ein derartiger Bereicherungsanspruch ist auch im heutigen Recht bei mittelbarer Stellvertretung anzuerkennen; zu warnen ist jedoch vor der gefährlichen, die Verkehrssicherheit bedrohenden übertriebenen Ausdehnung, welche zeitweilig die Praxis diesem Gesichtspunkte zu geben geneigt war, dahin, daß gegen jeden, dem mittelbar etwas durch das Rechtsgeschäft eines andern zugekommen ist, eine Klage möglich sei.

a) Quellenstellen und Schriften: Ulp. l. 1 pr. § 1 D. de proc. 3, 3: Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. — Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest (Generalbevollmächtigter, Spezialbevollmächtigter), . . . quamvis quidam, ut Pomponius scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse; sicuti ne is quidem, qui rem perferendum vel epistulam vel nuntium perferendum suscipit, proprie procurator appellatur (Bote).

Bote: l. 2 pr. D. de pactis 2, 14: Labeo ait, conveniri . . . per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse.

L. 38 § 17 D. de v. o. 45, 1: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum et, committatur stipulatio (Ulpian).

L. 1 Cod. per quas personas urbis adquir. 4, 27: Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati juris est. L. 53 D. de adqu. dom. 41, 1: Ea, quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter adquirimus, sicuti est possessio, per quamlibet volentibus nobis possidere adquirimus (Modestinus).

Gesetzliche Vertretung: L. 26 § 3 Cod. de adm. tut. 5, 37: Invenimus generaliter definitum, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri (Justinian). L. 2 Cod. qu. ex fa. tut. 5, 39: Etsi tutores tui, cum pecuniam pupillarem crederent, ipsi stipulati sunt, utilis actio tibi datur.

Exercitoria et institoria actio: Gajus IV § 71: Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo ejus gratia, cui praepositus fuerit, (negotium) gestum erit, . . . quin etiam licet extraneum quis quemcunque magistrum navis praeposuerit, sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur; ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is, ad quem cotidianus navis quaestus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet,

cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum, sive servum sive liberum, praeposuerit, et quid cum eo ejus gratia, cui praepositus est, contractum fuerit; ideo autem institoria vocatur quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur.

De in rem verso: Ulpian, l. 3 § 2 D. de i. r. verso 15, 3: Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem.

b) Schriften und Abhandlungen: Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen 1852; v. Ihering in Jahrb. f. dogm. Abh. 7 (1857), II, 3 (1858); Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio (1876); Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften (1882); Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung (1885); Regelsberger, Pand. I §§ 159—163; Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB. I S. 462—518; Schloßmann, Die Lehre von der Stellvertretung bei obligator. Verträgen Bd. 2 (1892); Der Besitzerwerb durch Dritte (1881). Vgl. auch Wenger, Die Stellvertretung im Rechte der Papyri 1906.

Aus den Gesetzbüchern: Vgl. BGB. §§ 116, 164, 169—173. Schweiz. Obligationenrecht §§ 36—49.

c) Verträge zugunsten Dritter: In gefährlicher Nähe zum Begriff der Stellvertretung stehen die Verträge zugunsten Dritter; von der unmittelbaren Stellvertretung unterscheiden sie sich dadurch, daß im eigenen Namen abgeschlossen werden, und daß der den Vertrag Schließende selbst einen Anspruch auf Erfüllung erwirbt; von der mittelbaren Stellvertretung unterscheidet sie die offene, ausdrückliche Bezugnahme auf den Dritten.

Das römische Recht (Pandektenrecht) hat dem Dritten nur ausnahmsweise einen klagbaren Anspruch aus solchen Verträgen gegeben. Vgl. darüber und über die heutige Bedeutung dieser Verträge Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB. I S. 518—526.

2. Stellvertretung bei unerlaubten Handlungen? Haftung aus unerlaubten Handlungen Dritter: Bei unerlaubten Handlungen (Delikten) kann der Gedanke einer Stellvertretung nicht Platz greifen. Jeder haftet selbst für sein rechtswidriges Verhalten und nur für dieses. Die Teilnahme am Delikt (Anstiftung, Mitwisserschaft, Mittäterschaft, Beihilfe, Begünstigung) ist erst im modernen Strafrecht wissenschaftlich verarbeitet worden. Dagegen ist dem römischen Rechte eigentümlich die sogenannte Noxalhaftung bei Delikten der Sklaven und Hauskinder. Zunächst wird der Gewaltunterworfene aus dem begangenen Delikt (oder Quasidelikt) selbst verpflichtet; der Herr oder Gewalthaber kann mit der Deliktsklage als noxalis actio dahin belangt werden, daß er entweder für die richterlich zuerkannte Schadensersatz- und Strafsumme (litis aestimatio) einstehen oder aber den Schuldigen dem

Verletzten ausantworten muß (noxae deditio). Dieser Noxalanspruch geht gegen den, der die tatsächliche Gewalt hat, nicht also gegen den Eigentümer als solchen, sondern gegen den Besitzer. Noxa caput sequitur.

Dieser Noxalanspruch regelte auch die Haftung für Schädigungen durch vierfüßige Haustiere; wenn ein solches (quadrupes) ohne Schuld eines Menschen durch ein seiner Gattung nicht gewöhnliches Verhalten (contra naturam sui generis) Schaden verursacht hatte, so konnte der Beschädigte den Eigentümer mit der noxalis actio de pauperie zwar auf Schadensersatz verklagen, der Verklagte aber durfte sich durch Hingabe des Tieres von der Ersatzverbindlichkeit befreien.

Quellen und Schriften: l. 7 § 1 D. de cap. min. 4, 5: Actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulant (Paulus); l. 1 pr. D. h. l. 9, 4: Noxalium vis et potestas haec est, ut si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem (Gajus). Wegen der Form des Urteils l. 6 § 1 D. de re jud. 42, 1: „Decem aut noxae dedere" condemnatus judicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit... Iudicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur; et ideo judicati decem agitur, hic enim solis condemnatur; noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur.

Ist ein Delikt mit Wissen und Duldung (scientia) des Gewalthabers verübt, so haftet dieser selbst mit Ausschluß der noxae datio; l. 2 pr. § 1 l. t.: Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat ... si autem insciente, noxalis est. — l. 3 eod.: Scientia ... domini sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit.

Vgl. über die prätorischen Noxalklagen vor allem Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 1167—1179; ferner Eisele in v. Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 480 ff.; Litten das. Bd. 49 S. 419 ff.; Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 26 S. 494 ff. — Wegen der Haftung für Tiere vgl. jetzt BGB. §§ 833, 834, 840 Abs 1. Code civil Art. 1385; Oesterr. GB. § 1320; Schweiz. Obl.R. § 65.

Kapitel II.

Die sogenannten juristischen Personen.

§ 9. Wesen und Bedeutung der juristischen Person.

„Die Wirklichkeit erschöpft sich nicht in dem körperlichen Sein, auch die Wahrheit, die gilt, ist Wirklichkeit."
Lotze, Logik S. 499 (1. Aufl.).

An keinem Rechtsbegriffe tritt die eigentümliche, in ihren Abstraktionen (Zerlegungen, Verallgemeinerungen) zugleich gestaltende Kraft des juristischen Denkens deutlicher zutage, als an dem der sogenannten juristischen Person. Wir haben oben S. 10 ff. bereits gesehen, daß dem Rechtsbegriffe der Persönlichkeit überhaupt eine selbständige, von dem philosophisch-psychologisch-natürlichen durchaus getrennte Bedeutung zukommt.

Das positive Recht kann Personen, die es im natürlichen Sinne sind, die Rechtsfähigkeit aberkennen (oder beliebig beschränken); es kann auch „Rechtsträger" schaffen, welche nicht als Einzelmenschen sinnlich in die Erscheinung treten, nämlich Personenverbände (Kollektivpersonen) und selbst bloße gesellschaftliche Zwecke (Anstalten, Stiftungen) als selbständige Rechtsträger (Rechtssubjekte) gelten lassen. Solche künstlich durch die Rechtsordnung geschaffene Einheiten von Rechtsbeziehungen im Gegensatz zu den natürlichen Trägern der Rechtsbeziehungen, den einzelnen Menschen, bezeichnet man mit dem Kunstwort: „Juristische Personen".

Die Schwierigkeit, auf welche die rechtsphilosophische Erklärung dieses Begriffes gestoßen ist, wurzelt in demselben Gegensatze der Weltanschauung, der schon in der Scholastik des Mittelalters als Streit zwischen Nominalismus und Realismus eine große Rolle gespielt hat. Die Nominalisten hielten die Begriffe des Allgemeinen für bloße Namen, flatus vocis, nomina, für inhaltsleere Vorstellungen ohne Realität; im reinen Fürsichsein existierten für sie nur Einzelwesen. Die Realisten (der Name hat in neuerer Zeit fast einen umgekehrten Sinn erhalten) hielten an der objektiven Wirklichkeit der Allgemeinbegriffe (Universalien) fest nach dem

Vorgange Platon's (universalia ante res); die Gemeinbegriffe waren für sie Ideen, Gestaltungsformen des Willens zum Leben (Schopenhauer), die sich in den Einzelwesen, in der Vielheit und Mannigfaltigkeit durch Raum und Zeit „objektivieren" (Stufen der Objektivation). Als Vermittler beider Gegensätze stellte Abälard den Satz auf: universalia in rebus; für ihn ist das Allgemeine zwar zunächst ein Gedachtes und Vorgestelltes, aber dennoch nicht bloß ein Erzeugnis des vorstellenden Bewußtseins, sondern hat auch seine objektive Wirklichkeit in den Dingen selbst, aus denen es nicht abstrahiert sein könnte, wenn es nicht an sich in ihnen enthalten wäre.

Wir halten die Anschauung Abälards für die richtige und verweisen des näheren auf Lotzes Logik S. 30 f., 507 ff. (2. Aufl.), und darnach bestimmt sich auch unsere Stellung zu der berühmten Streitfrage über das Wesen der sogenannten juristischen Person.

Für die einseitig individualistische (nominalistische) Anschauung ist die juristische Person eine bloße Abkürzung des juristischen Denkens, etwa einer mathematischen Formel vergleichbar, ein Hülfsmittel der Konstruktion, ja, eine bloße Fiktion (Erdichtung). Im größten Gegensatz zu dieser „Fiktionstheorie", die ihre überwiegende Vertretung unter den Romanisten fand, steht die von den meisten heutigen Lehrern des deutschen Rechts, den Germanisten, bevorzugte sogenannte organische Auffassung. In ihrer schärfsten Ausprägung (Gierke) erklärt diese die juristische Person für einen „sozialen Organismus", zu deutsch für ein „gesellschaftliches Lebewesen". Zwischen diesen beiden äußersten Gegensätzen liegen verschiedene, sich mehr oder weniger der einen oder anderen Richtung zuwendende besondere Theorien, so z. B. die sogenannte Theorie des subjektlosen Zweckvermögens (Brinz und Sohm) und der jedenfalls klarere Gedanke, die juristische Person sei ein bloßer „juristischer Mechanismus zum Zwecke der Rechtsverfolgung", ermöglicht durch die rein logische Trennung zwischen dem Willensinhalt oder der Verfügungsmacht, die mit jedem subjektiven Rechte verknüpft ist, und dem Genuß des Rechts, seinem „substantiellen Kern"; das Bestimmungssubjekt (Destinatär, Zwecksubjekt) bleibt nach dieser Auffassung allemal der Einzelmensch. Da die juristische Person als solche völlig genußunfähig ist, so hat sie auch „keine Interessen und Zwecke", „kann also keine Rechte haben; denn Rechte sind nur da möglich, wo sie ihre Bestimmung erreichen, d. h. dem be-

rechtigten Subjekt dienen können — ein Recht, das in der Person des Berechtigten nie diesen seinen Zweck zu erfüllen vermag, ist ein Unding, ein Widerspruch gegen die Grundidee des Rechtsbegriffs," die einzelnen Mitglieder sind daher „die wahren Rechtssubjekte", die juristische Person selbst ist nichts „als die nach außen gekehrte eigentümliche Erscheinungs- und Vermittlungsform ihrer rechtlichen Beziehungen zur Außenwelt" (v. Ihering, Geist des römischen Rechts III S. 325, 343).

Zweifellos ist, wie Regelsberger betont (Pandekten I S. 299), bislang die Erkenntnis des Wesens der juristischen Person durch eine rein privatrechtliche Auffassung getrübt worden, die sich bei Brinz und Sohm sogar als rein vermögensrechtliche kennzeichnet. Die sogenannte Fiktionstheorie muß schon an dem Gedanken scheitern, daß die mächtigste juristische Person, der Staat selber, zurzeit fast der einzige Schöpfer des Rechts, den aber jene bloßen Privatrechtler bloß als Fiskus zu kennen scheinen, doch unmöglich eine „Fiktion" genannt werden darf. Eine juristische Fiktion ist, wie v. Ihering (Geist des römischen Rechts III S. 274) zugibt, geradezu eine juristische „Notlüge", ersonnen zur Ersparung umständlicher und noch nicht zu klarem wissenschaftlichen Bewußtsein durchgerungener Rechtfertigungen eines Rechtssatzes. Andrerseits aber braucht die juristische „Person" sich nicht in den Nebel der Theorie vom „sozialen Organismus" zu flüchten, der ihre vorübergehend aufgetauchte Bezeichnung als „persona mystica" entschuldigen würde. Wenn das Fremdwort „Organisation" sich auch das Bürgerrecht in der gesellschaftlichen nnd zumal politischen Verkehrssprache erworben hat, so darf man doch diese Sprachfreiheit nicht zum Vorwand nehmen, um das Vorhandensein wirklicher sogenannter sozialer „Organismen" zu behaupten. Wenigstens sollte man sich dabei stets erinnern, daß dieser Ausdruck in Uebertragung auf das menschliche Gesellschaftsleben nur ein Bild, ein Gleichnis gibt. Gewiß ist die Analogie gesellschaftlicher Gesamtheiten mit pflanzlichen und tierischen Organismen geistreich und unter Umständen, wie jede Analogie, sogar wertvoll, zumal, solange es sich um jene sich unbewußt bildenden Gesamtheiten handelt, die wie z. B. die Nation, der Stamm, die Familie in Naturtrieben wurzeln, und auf die, wie auf einen Bienenschwarm das Wort des römischen Juristen paßt vom „corpus, quod ex distantibus constat" (σώματα ἐκ διεστώ των) oder noch besser der Vers Schillers:

„Hier übt Natur die Mutterpflicht
Und sorgt, daß nicht die Kette bricht,
Und daß der Reif nie springet.“

Aber sie wird unwissenschaftlich, sobald man das Gebiet der bewußten Rechtsbildungen betritt, und es muß uns geradezu „poetisch“ anmuten, wenn Gierke auch die Stiftung, diese willkürlichste Form der juristischen „Person“ einen „lebendigen Willensträger“ nennt, ein „Wesen“ dem der Stifter „das Leben gegeben“, „es ist sein Kind, aber das Kind hat sein eigenes Leben“. Die juristische „Person“ ist kein Wesen, am allerwenigsten ein persönliches Wesen; denn im philosophischen Sinne ist Persönlichkeit nur da vorhanden, wo ein Lebewesen sich selbst im Wechsel seiner inneren Zustände als dasselbe fühlt und weiß (vgl. S. 11 ff. oben). Das Kunstwort „Juristische Person“ ist also ein Kunstausdruck in denkbar abstraktester Bedeutung, und wir können nicht umhin, die klassischen römischen Juristen um ihren gesunden Wirklichkeitssinn zu beneiden, der einen solchen Kunstausdruck zur Bezeichnung eines bloßen Beziehungsbegriffs nicht nur nicht erfunden, sondern sogar als unnatürlich abgelehnt haben würden. Mit dieser Stellungnahme zu den Theorien über die juristische Person, die der Auffassung v. Iherings nahe kommt, ohne sich ganz mit ihr zu decken, leugnen wir keineswegs den Wirklichkeitsinhalt der sogenannten juristischen Person. Wir suchen diesen Wirklichkeitsinhalt nur auf einer anderen Daseinsebene, nicht unter den Wesen (Entitäten), die im Weltzusammenhange als erste Anknüpfungspunkte dienen, sondern innerhalb der Rechtswelt, die einen beachtenswerten Teil dieses Zusammenhangs und der geistigen Wechselwirkung darstellt, und deren Begriffen und Einrichtungen als Wirkungen, die wiederum zu Ursachen weiterer Wirkungen werden, selbstverständlich nicht minder ein wirkendes, erst wirkliches Sein zukommt, als anderen Wahrheiten und Gedanken, die gelten, und die, solange sie gelten, auch eine Macht sind. Somit ist die juristische „Person“ weder eine Fiktion noch ein Organismus (Lebewesen), sondern ein tatsächlicher wirkender Zusammenhang von Rechtsverhältnissen, ein Rechtsinstitut von hervorragender, grundlegender Bedeutung nicht nur für das Privatrecht, sondern vor allem auch für das öffentliche Recht.

Die Römer kannten, wie schon bemerkt worden, nicht den heute gebräuchlichen Kunstausdruck, aber selbstverständlich die

Sache selbst. Innerhalb des weiteren Begriffes der „juristischen Person" unterscheidet man nach Maßgabe des Zweckes zunächst öffentlich-rechtliche und rein privatrechtliche juristische Personen, sodann nach Maßgabe der Zwecke und der Verfassungsform Vereine, Verbandspersonen oder Personenverbände, universitates personarum einerseits und andrerseits Anstalten und Stiftungen. Für erstere hatten die römischen Juristen die Bezeichnung corpus, collegium, der das heutige Wort Korporation entspricht.

Der Staat selbst, res publica, dem Wesen nach die machtvollste und vornehmste „juristische Person" im heutigen Sinne unter den Personenverbänden, kam zur Zeit der Republik für den Privatrechtsverkehr nicht in Frage; alle etwaigen Rechtsgeschäfte des einzelnen mit der res publica unterstanden nur dem öffentlichen Recht, es gab aus ihnen keine Klage vor den ordentlichen Zivilgerichten; der Staat galt nicht etwa als Eigentümer der sogenannten res publicae; vielmehr waren sämtliche Staatsgüter dem Individualsachenrecht entzogen, galten als res extra commercium. (Vgl. des Näheren Buch III). Erst in der Kaiserzeit unterschied man neben den res publicae, den zum Gemeingebrauch dienenden Sachen des Staats solche, die eigentliches Staatseigentum bildeten (res in patrimonio civitatis) und somit auch dem Privatrechtsverkehr unterworfen waren. Als Privatrechtssubjekt mit Rücksicht auf solches Staatsvermögen hieß der Staat Fiskus (vgl. über dessen Entstehung und sein Verhältnis zum sogenannten Aerar Bd. I S. 315). Innerhalb des Staates sind dann als wichtige Gattung öffentlich-rechtlicher juristischer Persönlichkeiten die von Rom aus gegründeten oder in den römischen Staatsverband aufgenommenen städtischen Gemeinwesen, die Kolonien, Munizipien, die untertänigen Peregrinenstädte zu nennen. Als selbständige Körperschaften galten ferner die verschiedenen Priesterkollegien mit ihren oft erheblichen Vermögenswerten, so z. B. die Arvalbrüderschaft, ferner die in historischem Zusammenhange mit den gentes stehenden sogenannten sodalitates (collegia sodalicia), Kultgemeinschaften. Oeffentlich-rechtliche Korporationen waren auch, wie die Zünfte des Mittelalters, die Kollegien der Handwerker, ferner einzelne Unterstützungsvereine z. B. Begräbnis- und Sterbekassenvereine, collegia funeraticia. Schließlich sehen wir auch Vereine mit rein privatwirtschaftlichen Zwecken (societates quaestus) im römischen Recht hervortreten, denen die Eigenschaft einer juristischen „Person" (corpus) zuerkannt wurde, wie etwa unseren heutigen Aktiengesell-

schaften, so vor allem die societates publicanorum, jene Kapitalistengesellschaften, welche vom Staate die Steuererhebung, Ländereien oder Bergwerke pachteten, ursprünglich, wie schon der Name zeigt, bloße Gesellschaften, also rein obligatorische Rechtsverhältnisse, die aber auf Grund ihrer den Anforderungen der Verwaltung entsprechenden Organisation schließlich als corpus anerkannt wurden. Der maßgebende Unterschied zwischen einer Korporation, einem Personenverband mit juristischer Persönlichkeit, und einer Anstalt und Stiftung liegt darin, daß Beschluß und Genuß beim Personenverband zwar nach Maßgabe der Verfassung (universitas ordinata) geregelt, aber doch grundsätzlich ungetrennt ist, während bei der Anstalt und Stiftung die Verwaltung vollständig abgelöst ist von dem Willen derjenigen, denen der Zweck der Anstalt zugute kommt, den Destinatären (Spaltung zwischen Rechtssubjekt und Zwecksubjekt); diese Ablösung geht jedoch nicht soweit, daß man den Destinatären, sofern nur die Person des zum Eintritt oder Genuß Berechtigten im einzelnen Fall völlig bestimmt ist, einen Klaganspruch versagen darf. Der von Brinz erfundene Ausdruck „Zweckvermögen" paßt ausschließlich für diese Art der juristischen Persönlichkeit.

Der wirtschaftliche Zweck der Stiftung läßt sich auch ohne Schaffung einer selbständigen juristischen Person in der Weise erreichen, daß das Vermögen mit der Auflage, es für den Zweck zu verwenden, einer schon bestehenden juristischen Person, z. B. einer Korporation (u. a. einer Stadtgemeinde) zugewandt wird (fiduziarische Stiftung). Eine gewisse Selbständigkeit erhielten in Rom zuerst die berühmten kaiserlichen Alimentenstiftungen Nervas zur Unterstützung armer Kinder in Italien auf Staatskosten (pecunia sacra); immerhin galt auch hier noch nicht das Stiftungsvermögen selbst, sondern der Kaiser als Rechtsträger und die Einrichtung stand ausschließlich unter den Satzungen des öffentlichen Rechts. In der christlichen Zeit mehrten sich derartige milde Stiftungen (Armenhäuser, Waisenanstalten, orphanotrophia, Krankenhäuser, nosodomia), lehnten sich aber ebenfalls in der Regel an die Kirche als ihren fiduziarischen Rechtsträger an. Immerhin haben auf Grund derartiger unter selbständiger Verwaltung stehender milder Stiftungen (piae causae) die gemeinrechtlichen Juristen den Begriff der universitas bonorum d. h. des selbständig als privatrechtlichen Rechtsträgers aufgefaßten Zweckvermögens gebildet, der in heutiger Zeit

mit mannigfaltig verzweigten Zwecken nicht nur rein wohltätigen, sondern auch künstlerischen, wissenschaftlichen und überhaupt gemeinnützigen Bedeutung eine wichtige Rolle neben den Personenverbänden 'spielt.

Quellenstellen und Schrifttum: L. 1 § 1 D. qu. cujusq. univ. 3, 4: Quibus autem permissum est corpus habere (collegii, societatis sive cujusque alterius eorum nomine) proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quam tamquam in republica, quod communniter agi fierique oposteat, agatur fiat (Gajus). L. 7 § 1 D. eod.: Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent (Ulpian). Diese Stelle ist wertvoll zur Erfassung des Unterschieds zwischen einer bloßen Gesellschaft, einem rein obligatorischen, für Dritte (nach außen hin) nicht vorhandenen Rechtsverhältnisse, und der „juristischen Person"; die Gesellschaft ist ein bloßer Vertrag, die „juristische Person" eine am Rechtsverkehr als solche teilnehmende Einrichtung. Bei der Gesellschaft sind soviele Rechtssubjekte als physische Personen vorhanden; demgemäß werden Rechte und Pflichten von jedem und gegen jeden in Anspruch genommen; zur Verfolgung der Zwecke und Rechte müssen alle gemeinschaftlich oder durch einen Stellvertreter handeln, wie auch umgekehrt alle einzeln belangt werden müssen, wenn aus ihren Verpflichtungen Ansprüche gegen sie geltend gemacht werden sollen. Die Gesellschaft erlischt mit dem Wechsel ihrer Mitglieder, die Korporation ist vom Wechsel der Mitglieder unabhängig, wie eine universitas rerum cohaereatium ihre Idendität im Stoffwechsel behauptet (vgl. l. 76 D. de judiciis 5, 1, lex „itemque narcus"); l. 7 § 2 eod.: In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant an pars maneat vel omnes immutati sint; sed et si universitas ad unum redit, magis admittitur posse cum convenire et conveniri, cum jus omnium in suum, reciderit et stet nomen universitatis. — L. 1 pr. D. h. t. 3, 4: Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicanorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum vel salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. Stiftungen: Justinian hat in der freilich nicht glossierten l. 6 Cod. de episc. 1, 3 in wohlverstandenem Interesse des öffentlichen Wohls für jedermann den Rechtsweg auf Erfüllung eines gemeinnützigen Stiftungszwecks eröffnet: et cuique civium idem facere licentia erit. Cum enim sit communis pietatis ratio communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis habituro unicuique licentiam ex nostra hac lege movere ex lege condictitiam et postulare relicta impleri.

Schriften: Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen 1873; Bolze, Der Begriff der juristischen Person 1879; Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 91 ff. 1883; Hölder, Natürliche und juristische Personen 1905; Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit 1907. Organische Theorie; Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 456 (1895); unter den

Pandektisten nähert sich der organischen Auffassung, jedoch ohne Mystizismus am meisten Regelsberger, Pand I S. 289 ff.

Vgl. im Sinne unseres Standpunktes vor allem v. Ihering, Geist des römischen Rechts III §§ 60, 61. Zweck im Recht I S. 453. Zutreffend schreibt v. Ihering gegen die organische Auffassung: „Jene abstrakten Rechtssubjekte, deren Dasein erst mit dem Eintritt des Willensvermögens (durch die Verfassung, Organisation) beginnt, sind freilich so glücklich disponiert, daß sie das Organ, durch das der natürliche Mensch sich zuerst mit den Dingen der Außenwelt in Rapport setzt: Den Magen, überall nicht besitzen, aber sie leben auch nicht,

Denn wenn er keinen Magen hat
Wie soll der Edle leben?“

Unsere Auffassung hält die richtige Mitte zwischen dem Mystizismus der sich an den sinnbildlichen Personifizierungstrieb der Sprache und Phantasie lehnenden organischen Theorie und dem Formalismus der Fiktionstheorie; erstere ist trüb, ohne tief zu sein, letztere zwar klar, aber auch seicht. Mit Recht bezeichnet v. Ihering, Geist des römischen Rechts III S. 344 seine Auffassung als die echt römische; es berührt eigenartig, daß selbst Justinian ihren sittlichen Wert noch warm betont, während der moderne Partei- und Kathedersozialismus (Schäffle) aus der Organismuslehre die bedenklichsten Folgerungen für die allein mit der individuellen Freiheit vereinbare Gemeinbürgschaft zieht. (Schopenhauer bezeichnet mit Recht die Philosophie als Grundbaß der Wissenschaften, Einleitung in das Studium der Philosophie, Rekl. S. 24; so führte Hegels Neu-Scholastik uns zu Marx und Lassalle). Die hier entwickelte Auffassung wird „nur da sich verleugnen können, wo der Gemeinsinn, das Gefühl, daß jeder in dem Allgemeinen zugleich das Seinige besitzt, in demselben Maße darniederliegt, als die Herrschaft der juristischen Formel blüht — nur ein ungesunder Boden konnte die bekämpften Theorien zur Reife bringen“ (v. Ihering a. a. O. S. 344).

Zur Geschichte der römischen Korporationen und Anstalten: Mommsen, De collegiis et sodalitiis Romanorum 1843. Mitteis, Römisches Privatrecht I S. 339 ff. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II § 107 (Die zu Korporationen vereinigten Berufsarten). Pernice, Labeo I S. 289 ff. Ueber das römische Recht der juristischen Person im Vergleich mit dem modernen deutschen Recht s. auch Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB. I S. 169—263. Im Schweiz. Zivilgesetzbuch vgl. §§ 52—89.

§ 10. Entstehung und Endigung, Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit der sogenannten juristischen Person.

I. Wenn der Staat selbst nach unserer Auffassung eine juristische und zwar die vornehmste juristische Person darstellt, so erweist sich die formalistische (privatrechtlich beschränkte) Behauptung, daß eine juristische Person nur durch einen Staatsakt entstehen könne, als rechtsphilosophisch unhaltbar. Denn nur der Baron von Münchhausen konute sich selbst am Zopfe aus dem Sumpfe ziehen. Damit ist aber die positivrechtliche Frage

nicht entschieden, ob ein Staat innerhalb seiner Grenzen jeden Personenverband oder gar jede Stiftung, sofern nur die „Organisation" als solche gegeben ist, auch als „juristische Person" gelten lassen muß. Dies ist eine Frage de lege lata und de lege ferenda, welche der lebenskräftige römische Staatsgedanke, wie die am Schlusse des vorigen Paragraphen (S. 70) angeführte l. 1 pr. D. h. t. beweist, stets verneint hat. Ein Staat, der sich um das innerhalb seiner Grenzen wirkende Vereinsleben nicht kümmerte, der sogar jede Stiftung ohne Prüfung ihres Zweckes lediglich auf Grund der formalen Voraussetzungen als rechtsfähig gelten lassen wollte, würde sich den Gefahren einer allmählichen Auflösung, ja unter Umständen sogar plötzlichen Umsturzes preisgeben. Die Ablehnung der von einzelnen, einem abstrakten Liberalismus huldigenden „Germanisten" geforderten unbedingten Vereinsfreiheit ist daher keineswegs eine falsche logische Folgerung aus der sogenannten Fiktionstheorie, vielmehr ein praktisch politisches Ergebnis unserer Einsicht in die reale Bedeutung des Rechtsbegriffs (vgl. S. 67 oben); die „juristische" Persönlichkeit jedes „organisierten" Zweckes zumal mit der sich daraus ergebenden privatrechtlichen Vermögensfähigkeit ist ein bedeutendes gesellschaftliches Machtmittel, über dessen Bildung nicht nur, sondern auch über dessen Verwendung der höchste Machthaber, solange er sich seinem Berufe gewachsen fühlt, sich wenigstens des Aufsichtsrechts nicht begeben wird. Hieraus folgt aber keineswegs die ausschließliche Notwendigkeit des sogenannten Konzessionsprinzips, d. h., daß eine juristische Person nur durch besondere Verleihung (constitutio personalis) entstehen könne; ihre Entstehung kann auch auf einem Gestattungsgesetz, sogar auf bloßem Gewohnheitsrecht beruhen.

II. Der Untergang einer Korporation oder einer Stiftung ist ipso jure die Folge des Wegfalls ihrer Voraussetzungen, so der sämtlichen Mitglieder bei dem Personenverband (l. 7 § 2 h. l., S. 70 oben), der nachträglichen Unmöglichkeit des Zwecks bei der Stiftung. Oeffentlich-rechtliche Korporationen können ohne Staatsgenehmigung nicht ihre Auflösung beschließen, selbstverständlich aber können reine Privatkorporationen nach Maßgabe ihrer Verfassung sich auflösen.

Der Staat kann, wofern die Verfassung und ein Gesetz es ihm nicht verwehrt, die von ihm verliehene Rechtspersönlichkeit wieder zurückziehen; auch auf Grund eines Gesetzes oder Gewohnheits-

rechts entstandene juristische Personen können selbstverständlich durch allgemeines oder Spezialgesetz aufgehoben werden.

III. Die Rechtsfähigkeit einer sogenannten juristischen Person geht genau so weit wie der Zweck, der sie ins Leben gerufen hat, und nicht weiter. Aus ihrer begrifflichen Natur ergibt sich von selbst, daß sie keinen Anteil hat am Familienrecht, nicht heiraten und adoptieren kann usw. Auch ihre Teilnahme am Erbrecht, die begrifflich nur in aktivem Sinne in Frage kommen kann, ist beschränkt. Vgl. Buch III. In der Hauptsache geht ihre Rechtsfähigkeit auf in der Teilnahme am Vermögensrecht. Wenn Gierke ihr in seiner mystischen Anschauungsweise ein Recht auf Ehre beilegt, so entspricht das nicht der nüchternen verstandesmäßigen Auffassung des römischen Rechts. Mittelbar können durch Beschimpfungen oder Verläumdungen einer Einrichtung die Beamten beleidigt werden; einer Rechtseinrichtung kann aber kein Leid, keine Kränkung zugefügt werden, sie kann also nicht wegen Beleidigung klagen. Wenn aus positiven Vorschriften des Strafrechts scheinbar das Gegenteil hervorgeht, so hat man es (vgl. z. B. § 195 des deutschen StGB.s) in Wahrheit mit einem Ausnahmegesetz zu tun, dessen Motive in ähnlichen, vielleicht durchaus berechtigten öffentlich-rechtlichen Interessen liegen, wie z. B. die Bestrafung aufrührerischer oder gar landesverräterischer Vorbereitungshandlungen. Zuzugeben ist, daß eine juristische Person gewisse im Personenrecht wurzelnde besondere Rechte, wie z. B. ein Recht am Namen, ferner ein sogenanntes Urheberrecht (Patentrecht u. dgl.) erwerben kann; im römischen Recht freilich sind solche Persönlichkeitsrechte noch nicht zur Anerkennung gelangt; es handelt sich hier um Ergebnisse der deutschrechtlichen und modernen Entwicklung.

Zu I. Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 316 ff.: „Das Uebergewicht der organisierten Macht über die unorganisierte Macht ist das Uebergewicht des Mannes, der zwar nur ein Schwert besitzt, aber ein scharfgeschliffenes und jeder Zeit bereites, über denjenigen, der deren mehrere besitzt, aber stumpfe und die er erst suchen muß, wenn er sie nötig hat, und die er nicht zu führen versteht. — Die praktische Moral für den Staat ist damit von selbst gegeben, sie besteht positiv in der möglichsten Vollendung der Organisation seiner eigenen Machtmittel und negativ in der Verhinderung der ihm bedrohlich werdenden Organisation der Machtmittel des Volkes (d. h. der Parteien)."

Neben dem ausschließlichen Konzessionssystem (Spezialverordnung) ist denkbar zunächst die Regelung der Entstehungsbedingungen einer juristischen Person durch Gesetz, ferner das dem römischen Recht unbekannte moderne System der sog. Normativbedingungen (Registerzwang u. dgl.), das sich der Vereinsfreiheit annähert.

Vgl. l. 1 D. h. t. 3, 4: (S. 70 oben). Vgl. BGB. §§ 21 ff.; Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 60 ff.

II. Vgl. l. 7 § 2 D. h. t. 3, 4: In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis ad mittitur, posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis — BGB. §§ 43, 56, 87. Schweitzer Zivilgesetzbuch Art. 76—79, 88.

III. Die Begrenzung der Rechtsfähigkeit ist praktisch bedeutsam für die Rechtsgültigkeit der Beschlüsse. Beispiel: eine öffentliche Korporation, ein Wegeverband faßt Mehrheitsbeschluß, aus ihrem Vermögen Beiträge zum Bau einer Eisenbahn zu leisten. Der Beschluß ist nichtig, da er über den Zweck des Verbandes (Erhaltung der öffentlichen Wege) hinausgeht. Hiermit zusammen hängt die Frage der Vereins-Autonomie (innere Vereinsfreiheit). Sie untersteht der öffentlichen Rechtspflege. Sog. Vereinsfreiheit könnte zur schlimmsten Vereinstyrannei mißbraucht werden, wenn nicht der Schutz der Gerichte dagegen angerufen werden dürfte. (Beschränkung sog. subjektiver Freiheiten im Interesse der objektiven Freiheit). Mißbrauch der Vereinsautonomie kann sogar Auflösung des Vereins rechtfertigen. Vgl. § 43, Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 78.

Kapitel III.

Schutz des Persönlichkeitsrechts.

§ 11.

1. Da das Recht der Persönlichkeit als Urrecht die Voraussetzung aller übrigen Rechte bildet, liegt der Schluß nahe, in jeder Rechtsverletzung auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu erblicken. Dies wäre aber eine voreilige Folgerung wenigstens auf dem Standpunkte der höheren Rechtsentwicklung, der bereits zu einem mannigfaltig ausgebildeten Rechtssystem, sozusagen zu einem Rechtsorganismus geführt hat. Um einmal ein biologisches Gleichnis anzuwenden, so bildet in der subjektiven Auffassung dieses Organismus das Persönlichkeitsrecht das Herz, das Zentrum des Lebens, bei dessen „Stillstand" freilich alle übrigen Rechte, soweit sie nicht im Wege des Erbrechts auf andere Personen übergehen, erlöschen — aber nicht jede Verletzung eines subjektiven Rechts trifft auch das Herz; vielmehr ist es gewissermaßen eine atavistische Gefühlsweise, jeden Interessenkonflikt und jegliche daraus entstehende Rechtsverletzung „persönlich" zu nehmen. Die ausgebildete objektive Rechtsordnung der Römer steht nicht mehr auf diesem das System der Urzeit und Rechte kennzeichnenden Standpunkte. Sie unterscheidet zwischen bewußter und unbewußter Rechtsverletzung und demgemäß

auch zwischen einem unmittelbaren und mittelbaren Rechtsschutz der Persönlichkeit. Mittelbar dient freilich jeder Rechtsschutz auch dem Schutze des Persönlichkeitsrechts, unmittelbar kommen jedoch neben dem allgemeinen Rechte der Notwehr, das auch für alle Einzelrechte die defensive Selbsthülfe gestattet, für die gerichtliche Geltendmachung des Rechts der Persönlichkeit nur zwei Klagen in Frage, die wir im folgenden näher ins Auge fassen wollen:

2. A. Die actio praejudicialis de statu. Wenn das Recht der Persönlichkeit schlechthin bestritten wurde, wenn also im sogenannten Freiheitsprozeß es sich darum handelte, ob jemand mit Recht als Sklave in Anspruch genommen wurde, so konnte dieser im Legisaktionenprozeß seine Freiheit nur durch einen vindex libertatis behaupten. Die Form des Prozesses war die legis actio sacramento. Vgl. Bd. I S. 184. (Die sogenannten vindiciae mußten in diesem Prozesse stets zugunsten des angeblichen Sklaven erteilt d. h. der interimistische Zustand der Freiheit mußte aufrecht erhalten werden, vgl. Bd. I S. 185; der Dezemvir Appius Claudius verletzte in dem berühmten Prozesse der Virginia diesen Grundsatz und rief eben dadurch jene Empörung hervor, die eine so klassische Bewährung des im altrömischen Volke lebendigen Rechtsgefühls bildete, vgl. Livius III c. 47).

Im Formularverfahren gab es besondere Statusklagen zur Geltendmachung des persönlichen status, also auch der Freiheit, in Form der actiones praejudiciales, vgl. Bd. I S. 237. Die Formel hatte keine condemnatio, sondern ging nur auf Anerkennung des Persönlichkeitsrechts, des status; die Klage war also eine Feststellungsklage im modernen Sinne.

Da diese allgemeine Statusklage die rechtliche Möglichkeit einer Bestreitung des Rechts voraussetzt, so bemerkt bereits Puchta (Pand. I § 121) richtig, daß sie im gemeinen und heutigen Recht durch den öffentlich-zwingenden Rechtssatz, daß alle Menschen Personen sind, vgl. oben S. 16, ausgeschlossen ist.

Falls beispielsweise von einem Ausländer, der aus einem Staate stammt, in dem noch Sklaverei zulässig ist, im Inlande dieser Grundsatz verletzt werden sollte, gehört der Streit vor die Polizei oder den Strafrichter; ein Zivilprozeß kann nicht in Frage kommen.

B. Die actio injuriarum. Eine absichtliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts ohne dessen völlige Bestreitung, also nicht in seiner Gesamtheit, sondern in einzelnen seiner Beziehungen heißt

injuria. Eine solche Rechtsverletzung erzeugte die actio injuriarum, die keineswegs mit der Privatklage wegen Beleidigung im heutigen engeren Sinne zu verwechseln ist. Die geschichtliche Entwicklung dieser Klage zeigt uns eine allmählichere Verfeinerung des Rechtsgefühls und den Uebergang von dem abstrakt generalisierenden und sozusagen materialistischen Rechtsschutz des jus strictum zum individualisierenden jus aequum der klassischen Zeit, vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts II. Buch S. 88 ff.

Die XII Tafeln kannten nur eine Klage wegen körperlicher Mißhandlung und zwar ohne Rücksicht auf die Absicht der Beleidigung, nämlich wegen membrum ruptum, os fractum und injuria factum, d. h. Körperverletzung, körperliche Vergewaltigung überhaupt, sie bestraften für ein os fractum aut collisum mit einer Geldstrafe von 300 asses (wurde ein Sklave verletzt, für den also auch hier schon, vgl. S. 22 ff. oben, ein relatives Persönlichkeitsrecht anerkannt ward, — 150 asses), für ein membrum ruptum, d. h. Verlust eines Gliedes mit Talion, für alle sonstigen Injurien ohne Unterschied mit einer Geldstrafe von 25 asses. An Stelle dieses rohen Kompositionssystems führte der Prätor eine intra annum utilem anzustellende actio injuriarum aestimatoria ein (ex generali edicto), bei der auf eine verhältnismäßige Geldbuße, die der Kläger selbst veranschlagen, der Richter aber ermäßigen konnte, erkannt werden mußte. Für dieses prätorische Recht sind aber zwei Fälle zu unterscheiden: a) die Injurienklage, Beleidigungsklage im engeren Sinne, d. h. wegen Aeußerung einer die Ehre des anderen antastenden Gesinnung durch verschiedenartige Handlungen (Tätlichkeiten, Worte, Zeichen, Geberden), b) die Klage wegen frivoler Rechtsverletzung: Als frivole Rechtsverletzung ist jede bewußte Zufügung eines Unrechts zu kennzeichnen, in der sich eine Nichtachtung der Persönlichkeit des Verletzten ausdrückt (animus injuriandi). Es ist ein besonderes Verdienst v. Iherings, nachgewiesen zu haben, daß die römischen Juristen diese Klage in einem sehr weiten Umfange und für manche Fälle, welche die neuere Zeit mühsam mit Sondergesetzen zu fassen versucht hat (wie z. B. den unlauteren Wettbewerb, Verletzungen des sogenannten geistigen Eigentums usw.), anzuwenden verstanden. So diente z. B. die Klage ganz besonders zur Ergänzung des Besitzschutzes.[1] Gegen nächtliche

[1] L. 44 D. de injuriis 47, 10: Si inferiorum dominus aedium superioris vicini fumigandi causa fumum faceret, aut si superior vicinus in inferiores aedes

Ruhestörer, Störer des Hausfriedens, Verunreiniger eines Grundstücks mit Thibaut lediglich auf die später zu erörternden Rechtsmittel des Besitz- oder Eigentumsschutzes zu verweisen, würde durchaus unzulänglich sein: hier gaben die klassischen Juristen im Falle der Schikane die actio injuriarum, die auch dem Pächter und Mieter, überhaupt den bloßen „Detentoren" zustand;[1]) natürlich kann sich auch der Eigentümer bei frivoler Vorenthaltung oder Schädigung seines Eigentums dieser Klage bedienen.[2])

Besonders wichtig war diese Klage auch als Schutzmittel gegen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs (usus publicus).[3]) Schließlich diente die Klage auch zur Ergänzung des Rechtsschutzes in obligatorischen Verhältnissen, so z.·B. gegenüber anmaßendem und herabwürdigendem Verhalten des Hausbesitzers für den Mieter.

Vgl. v. Ihering, Jahrbuch für Dogmatik Bd. 23 S. 155 ff. (Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Landsberger, Injuria und Beleidigung, 1886. P. Huvelin, La notion de l'Injuria dans le très ancien droit Romain (Mélanges Appelton), Lyon 1903, dazu Kübler, Zeitschrift der Sav.-Stift. Bd. 25 S. 441 ff. Mommsen, Römisches Strafrecht S. 784 ff.

Vgl. BGB. §§ 823, 826 (226). Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 2, 28: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen."

---

quid aut projecerit aut infuderit, negat Labeo injuriarum agi posse: quod falsum puto, si tamen injuriae faciendae causa inmittitur (Javolenus).

[1]) L. 5 § 2 D. h. t.: Quare sive in propria domu quis habitaverit sive in conducto vel gratio sive hospitio receptus, haec lex locum habebit.

[2]) Vgl. l. 27 § 28 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 24 D. h. t. (Frivole Kastration eines Sklaven, obgleich dessen Verkaufswert dadurch erhöht war).

[3]) Im Falle eines „unbefangenen" Eingriffs, der keine Verletzung der Persönlichkeit einschloß, gab das römische Recht zum Schutze des Gemeingebrauchs an öffentlichen Sachen, Straßen, Plätzen, überhaupt an res omnium communes besondere Popularklagen. Vgl. dazu Buch IV Kap. II (Recht des Gemeingebrauchs). Für den Fall einer frivolen Beeinträchtigung vgl. jedoch l. 13 § 7 D. h. t. 47, 10: Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graeci σαγήνη dicunt) ducere, an injuriarum possim eum convenire? sunt, qui putant me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavia publica sedere vel in quo alio loco sedere conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat.

Buch II.

Das Familienrecht.

Einleitung.

§ 12.

Die Familie ist der erste, allen anderen gesellschaftlichen und rechtlichen Verbindungen zugrunde liegende Personenverband, das Molekül der menschlichen Gesellschaft. Die Einzelperson ist nur ein Atom, und eine unmittelbar aus Atomen zusammengesetzte Gesellschaft ist unmöglich; Atomisierung der Gesellschaft durch Auflösung der Familie wäre gleichbedeutend mit ihrer vollständigen Auflösung. Ja der subjektive Rechtsbegriff der Person entstand geschichtlich erst innerhalb der Familie, und nur das logische Bedürfnis des Systems hat uns genötigt, das Personenrecht dem Familienrecht voranzusetzen. Mit besonderer Deutlichkeit wird diese grundlegende Bedeutung des Familienprinzips, deren unbefangene Erkenntnis freilich in einem Zeitalter, das von den Ideen eines gesellschaftsfeindlichen Sozialismus erfüllt ist, verdunkelt wird, durch die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts bewahrheitet. Vgl. Bd. I S. 40 ff. Nichts ist unwiderleglicher, als daß die Familie dem Staat vorangegangen, daß sie die erste Schöpferin rechtlicher Verhältnisse ist. Erst im Laufe der Zeit verwandelte sich die ursprünglich „als Surrogat des Staates" (v. Ihering, Geist des römischen Rechts Buch II S. 179) dienende Familie in einen durch das Familienprinzip bestimmten Staat, den Geschlechterstaat, der dann schließlich, wie im ersten Bande dargestellt ist, in den Nationalstaat und zuletzt gar in den am Rande der Atomisierung stehenden Weltstaat überging. Der Urrechtsbegriff des römischen Rechts im subjektiven Sinne (manus) deckt sich objektiv ursprünglich mit der Familie, deren Begriff zugleich öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Natur war.

„Der älteste Staat steht mit seinen Füßen in der Familie, mit seinen Spitzen und Mittelgliedern in der Wehrverfassung, d. h. die gentes und die Stellung der Individuen innerhalb derselben sind durch die Idee der Familie, die Curien, Tribus und die Vorstände derselben und der König durch das militärische Interesse bestimmt" (v. Ihering a. a. O.).

Wie Fustel de Coulanges und Sumner-Maine nachgewiesen haben, lag die ganze Kraft des Familienprinzips der Urzeit in der ältesten Form der Religion, dem Ahnenkult, der Familienreligion. Vgl. Bd. I S. 46 ff. Diese Religion, die in weit höherem Grade, als irgendeine der modernen Weltreligionen mit Einschluß des Christentums die Unsterblichkeit der Seele und die Sorge für das Leben nach dem Tode in den Vordergrund aller irdischen Angelegenheiten rückte, verpflichtete zur Eheschließung und Familiengründung im Interesse des Seelenheils. Der wichtigste Zweck der Erhaltung der Familie war die Sicherung des Totenkults. Der Hauptzweck der Ehe, die in diesem Sinne ein Sakrament war, bestand in der Erzeugung von Erben, welche diesen Kult fortzusetzen verpflichtet waren. Das Erlöschen des Herdfeuers (Bd. I S. 48) galt als ein unermeßliches, ewiges Unheil.

Auch nach Gründung der Stadt und der staatlichen Gemeinschaft stand diese sakrale und öffentlich-rechtliche Bedeutung der (agnatischen) Familie noch lange Zeit im Vordergrunde, und solange dies der Fall war, bedurfte es keiner staatlichen Fürsorge für die Familiengründung, war jenes Problem der Erhaltung des Rückgangs der Volkszahl unbekannt, das Augustus mit so großer Sorge erfüllte.

Erst das jus gentium bildet den Ausgangspunkt eines rein privatrechtlichen Familienrechts im heutigen Sinne. „Es läßt sich im allgemeinen der Satz aufstellen", sagt v. Ihering a. a. O., „daß die äußere, rechtliche Organisation der Familie im umgekehrten Verhältnis zur Reife der Staatsentwicklung steht; je unvollkommener letztere, desto ausgebildeter jene".

Die römische Familie der Urzeit war gleichbedeutend mit der streng monarchischen Hausherrschaft (familia verwandt mit domus, vgl. Bd. I S. 42). Wenn wir nun von ihrer sachenrechtlichen Tragweite absehen (vgl. Bd. I S. 44) und uns im Sinne des heutigen Begriffs des Familienrechts auf das Gewaltverhältnis über Personen beschränken, so treffen wir auf eine dreifache Gliederung, deren Entwicklungsgeschichte die folgenden drei Kapitel gewidmet sind: das eheliche Verhältnis (mit dem ehelichen Güterrecht), das väterliche Verhältnis (mit dem väterlichen Güterrecht) und das vormundschaftliche Verhältnis.

Wie das alte Zivilrecht die Person zum Mittel für die familia herabsetzte, so das jus gentium die Familie zum Mittel für die res publica. Durch diese

Abschwächung des Familienprinzips sah sich aber ausschließlich der Staat selbst in seinem Bestande gefährdet.

Während des Freistaats wurde Staatsfürsorge gegen Ehe- und Kinderlosigkeit nicht durch direkte Rechtsvorschriften, sondern mittels Zucht- und Belohnungsrechts des Zensors geübt (vgl. u. a. Livius Buch 45 c. 15, Gellius I, 6, V, 19 § 15). Erst Augustus versuchte dem Rückgange des Familiensinns durch die leges Julia und Papia Poppaea entgegenzutreten (vgl. Bd. I S. 270, 346): mit 20 Jahren sollte die Frau, mit 25 Jahren der Mann Kinder haben; die Frau sollte bis zum 50., der Mann bis zum 60. Jahre in der Ehe leben. Die Uebertretung dieser Vorschriften hatte mannigfache öffentlich- und privatrechtliche Nachteile zur Folge. Als privatrechtlicher Nachteil war wohl das erheblichste die Beschränkung des Erbrechts: der Ehelose sollte in betreff testamentarischer Zuwendung völlig antretungsunfähig, incapax, der Kinderlose nur zur Hälfte capax sein; das ihnen nicht zuteil werdende wurde caduc und fiel an patres (Väter mindestens eines lebenden Kindes) oder an das Aerar; für Wiederverheiratungen und die Eingehung der Ehe Verlobter waren gesetzliche Fristen gestellt; auch im Ehe- und Vormundschaftsrecht, zur Begründung der väterlichen Gewalt und Erlangung des Bürgerrechts, zur Befreiung von der Dienstpflicht Freigelassener und von öffentlicher munera wirkte das jus liberorum (3—4 Kinder) als Privilegium, das übrigens vom Senat und später vom Kaiser vielfach auch fiktiv, ohne Vorhandensein der Voraussetzungen, verliehen wurde, sogar an Gottheiten, d. h. an deren Tempelstiftungen, um ihnen die Kapazität für letzwillige Zuwendungen zu gewähren. Vgl. Cod. Theod. 8, 16, Cod. 8, 58 (57), De infirmandis poenis caelibatus et orbitatis. Cod. 8, 59 (58): De jure liberorum. Cod. 4, 66: Qui numero liberorum se excusant.

Diese Strafen der Ehe- und Kinderlosigkeit sind von den Söhnen Konstantins aufgehoben worden. Honorius und Theodosius haben die lex decimaria, wonach kinderlose Gatten nur decimae capacitas hatten, und Justinian hat das ganze jus liberorum aufgehoben. Justinian ließ auch die durch die augustische Gesetzgebung verworfene, dann unter Beschränkungen für zulässig erklärte Bedingung der Ehelosigkeit unbeschränkt zu, wie denn überhaupt die Gesetzgebung der letzten Periode den ehelosen Stand geradezu zu fördern suchte. Vgl. L. 64, 72, 74, 79 D. de cond. demonstr. 35, 1; C. 2 Cod. de indicta viduitate 6, 10; Nov. 22 c. 43 ff.

Kapitel I.

Das Eherecht.

§ 13. Die Formen der Ehe und Eheschließung.

I. Die patrizische Ehe gehörte entsprechend ihrer religiösen Bedeutung zum Sakralrecht. Bis zur Einführung des connubiums mit den Plebejern galt sie allein als matrimonium legitimum. Ihre in der Herdreligion (dem Seelenkult) begründete sakramentale Bedeutung spiegelt sich in der Form ihres Abschlusses. Vgl. Bd. I S. 50.

a) Diese Form bezeichnet man unter Hervorhebung der Endzermonie als confarreatio. Im einzelnen setzte sie sich aus drei Akten

zusammen, der traditio d. h. der Uebergabe der Verlobten an den Gatten durch ihren bisherigen Gewalthaber (Vater, Agnaten), der deductio in domum d. h. der feierlichen Ueberführung in die Hausgemeinschaft des Gatten und dem gemeinsamen mit dem Gatten vollzogenen Opfer an die Hausgötter (Manen), und einer Libation, die mit gemeinsamen Verzehren eines Kuchens (panis farreus) endete, — daher confarreatio. Die Frau wurde dadurch in die häusliche Kultusgemeinschaft aufgenommen; sie trat damit unter die monarchische Familiengewalt des neuen Hausherrn (manus), der Mann erwarb, wenn die Frau sui juris war, durch die conventio in manum ihr ganzes Vermögen; wenn sie alieni juris war, also kein eigenes Vermögen besaß, so erwarb er alles, was ihr etwa von ihrem pater familias im Hinblick auf die Ehe zur Erleichterung der Lasten des gemeinschaftlichen Haushalts (dotis causa) zugewendet wurde; ihre rechtliche Stellung glich fortan derjenigen einer Tochter des Hauses (filiae loco). Die Scheidung einer solchen sakralen Ehe war ebenfalls nur durch einen entsprechenden sakralen Akt, die diffareatio möglich und ein äußerst seltenes, fast unerhörtes Vorkommnis. Vgl. Bd. I S. 50. Fustel de Coulanges, La cité antique p. 48.

b) Erst die nach langem Ständekampf errungene Anerkennung des connubium mit den Plebejern führte zur Anerkennung einer sozusagen rein bürgerlichen Ehe in der Form der coemptio. Vgl. Bd. I S. 172. Die coemptio vollzog sich als Brautkauf durch Manzipation; die Tochter wird dem bisherigen Gewalthaber abgekauft.

Für die coemptio galt die Formstrenge des jus strictum. Um aber eine wegen Formmangels (z. B. Mitwirkung eines unzulässigen Zeugen) nichtige Ehe gültig werden zu lassen, genügte der einjährige tatsächliche Bestand der Ehe. Hieraus ergab sich seitdem als dritte Form der Entstehung einer manus-Ehe

c) der usus d. h. auch ohne förmliche Eheschließung erlangte der Mann die eheherrliche Gewalt durch einjährig ununterbrochene eheliche Gemeinschaft.

Nur die manus-Ehe galt ursprünglich als legitimum matrimonium, justae nuptiae. Die Erfordernisse dieser gesetzmäßigen Ehe des Zivilrechts bildeten den Begriff des connubium, das damals (ein System des nationalen Rechts) auf römische Bürger beschränkt war.

Da die manus des Mannes der Frau gegenüber völlig derjenigen über andere seiner Hausherrschaft unterworfene freie Personen gleich stand (Bd. I S. 43), so schloß sie das Recht der vollen Zuchtgewalt

ein, ja auch das jus vitae et necis. Das Herkommen aber band die Ausübung dieses Rechts in schweren Fällen an die Zuziehung des Familiengerichts (judicium propinquorum). Im übrigen vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 S. 203 ff., der zutreffend hervorhebt, daß die tatsächliche Gestalt der Familienverhältnisse niemals nach der abstrakt juristischen Gestaltung beurteilt werden darf, und der mit Recht bezweifelt, „ob die Frau sich bei den zivilisiertesten Völkern der Gegenwart einer höheren Achtung und Verehrung erfreut, als im alten Rom, wo sie unter der Manus des Mannes und der Vormundschaft der Verwandten stand."

II. Neben dieser zivilrechtlich nationalen altrömischen Ehe kam schon vor den XII Tafeln eine dem jus gentium angehörige sogenannte freie Ehe auf, bei welcher die Frau nicht der manus des Gatten unterworfen wurde, sondern ihre persönliche Selbständigkeit und die rechtliche Zugehörigkeit zu ihrer Familie behauptete. Diese Ehe wurde formlos geschlossen; der bloße consensus, die irgendwie bekundete Absicht des Mannes und Weibes, daß zwischen ihnen die Ehe bestehe (affectus maritalis), genügte juristisch zu ihrer Begründung; etwaige hinzutretende Hochzeitsgebräuche, die sich an die überlieferten Hochzeitsfeierlichkeiten anschlossen, hatten keine rechtliche Bedeutung, soweit sie nicht etwa, wie z. B. die feierliche deductio in domum den affectus maritalis bekundeten. Es galt der Grundsatz: consensus facit nuptias.

Wie diese Ehe durch bloßen consensus entstand, so konnte sie auch durch bloßen dissensus, d. h. einseitigen Entschluß eines Teils jeder Zeit gelöst werden.

Um jedoch für den Fall, daß im übrigen die Voraussetzungen zu einem legitimum matrimonium im Sinne des jus civile vorhanden waren (d. h. volles connubium), den Uebergang einer solchen Ehe in eine Manus-Ehe durch usus zu verhindern, mußte die Frau nach einer Bestimmung der XII Tafeln ihre eheliche Gemeinschaft mit dem Gatten jährlich einmal durch Abwesenheit während drei aufeinanderfolgender Nächte unterbrechen (trinoctium usurpandi causa).[1])

[1]) Vgl. Gajus I § 111. Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat. Nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum obtinebat. Itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet. Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.

III. Diese freie Ehe hatte schon in den letzten Jahrhunderten der Republik mehr und mehr die altrömische Manus-Ehe verdrängt. Auch sie erlangte daher ihre Anerkennung als justum matrimonium, d. h. die Kinder aus solcher Ehe wurden agnatische Kinder, Hausangehörige (sui) des Vaters (patris condicionem sequuntur). Die Voraussetzung bildete aber ebenfalls das connubium, das sich freilich inzwischen erheblich erweitert hatte. Vgl. Bd. I S. 120, 122. Absolut fehlte das connubium auch noch im klassischen Recht den Unfreien, Unmündigen, Kastraten, sowie — wegen des erforderlichen consensus willenlosen personae sui juris; relativ wegen Vormundschaft Aszedenten und Deszedenten, wegen Schwägerschaft Stiefeltern und Stiefkindern; zwischen Seitenverwandten bestand ein Ehehindernis nach älterem Recht bis zum Grade der Sobrinen (Bd. I S. 52), nach Justinian nur noch zwischen Geschwistern und Personen, zwischen denen ein sogenannter respectus parentelae besteht, daher auch auf Grund sogenannter geistlicher Verwandtschaft zwischen Taufpate und Täufling. Ausgeschlossen war das connubium zwischen Freigebornen und Infamen, ferner zwischen senatorischen Personen und Freigelassenen durch die lex Julia und Papia Poppaea; Valentinian I. verbot auch Ehen zwischen Provinzialen und Gentiles oder Barbaren. Justinian hob diese Eheverbote auf.[1])

Von politischer Weisheit zeugt das der amtlichen Stellung wegen für höhere Provinzialbeamte bestehende Verbot einer Eheschließung mit einer ihnen nicht schon vor dem Antritt des Amtes verlobten Provinzialin.[2]) Schon die lex Julia verbot die Eheschließung zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin, Konstantin auch zwischen dem Entführer und der Entführten. Schließlich verbot das christliche Kaisertum die Ehe zwischen Christen und Juden.

Aus den Quellen vgl.: § 1. Inst. de patria potestate (1. 9): Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens. L. 1 de ritu nuptiarum (23. 2): Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. Cic. Top. c. 3: Genus enim est uxor, ejus duae formae, una matrumfamilias, earum, quae in manum convenerunt, altera earum, quae tantummodo uxores habentur. L. 49 § 4 de legat. III. (32): Parvi autem refert, uxori an concubinae quis leget, quae ejus causa emta parata sunt; sane enim, nisi dignitate, nihil interest. Paul. S. R. II 19 § 6: Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest. Ulp. V § 4: Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt

---

[1]) L. 28, 29 pr. C. de nuptiis 5, 4. Nov. 117 c. 6

[2]) L. 38, 63, 69 D. de R. N. 23, 2.

connubium sit. (§ 5): Connubium est uxoris jure ducendae facultas. Connubium habent cives romani cum civibus romanis, cum latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. Cum servis nullum est connubium. L. 17 de reg. jur. (50. 17): Nuptias non concubitus, sed consensus facit.

Ueber die arischen Urformen der Eheschließung vgl. Leist, Altarisches jus gentium S. 125 ff. Vgl. ferner Dorgun, Mutterrecht und Raubehe in Gierkes Untersuch. zur deutschen Rechtsgeschichte XVI, 1883, S. 100 ff. Wegen des Streits über den ethnischen Ursprung der verschiedenen Formen der Eheschließung vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III, § 19, S. 311; Roßbach, Untersuchungen über die römische Ehe, S. 185 f. Ueber die Entstehung der Ususehe Mitteis, Römisches Privatrecht I S. 252 ff. Ueber die Entstehung der freien Ehe bei den Römern Bernhöft, Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 8 S. 197, 198. (1888).

Als Voraussetzung der Fähigkeit zu gewissen Priesterämtern erhielt sich die Konfarreationsehe noch in der Kaiserzeit. Vgl. Gajus I § 112: „nam flamines majores i. e. Diales, martiales, Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non legantur, ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. Die frühzeitig vorherrschend gewordene freie Ehe stand unter dem sittlich-zwingenden Grundsatz der Objektivität des Freiheitsbegriffs. Vgl. dazu v. Ihering, Geist des römischen Rechts III § 33. L. 134 pr. de v. o. 45, 1: Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta. L. 2 Cod. de inut. stip. 8, 39: Libera matrimonia esse antiquitus placuit. Hieraus ergab sich die Unklagbarkeit des Verlöbnisses.

Unter dem Einflusse des Christentums ist später die Ehe als Sakrament ein Teil des kirchlichen (kanonischen) Rechts geworden und bis zum Beginn des Reformationszeitalters (Luther: „Die Ehe ist ein weltlich Ding") dem bürgerlichen Rechte bis auf ihre vermögenrechtlichen Wirkungen (sog. effectus civiles) entzogen gewesen. Entsprechend dem sakramentalen Charakter der Ehe wurde jetzt die Scheidung unter Christen als unmöglich behandelt. Separatio quoad mensam et thorum. Das Verlöbnis wurde klagbar, die Eheschließung war ursprünglich formlos (Konsensprinzip). Erst das Tridentinische Konzil (Sess. 24 de reformatione matrimonii) führt eine Form ein (Erklärung des Konsenses coram parocho et duobus testibus). Eine neue Bewegung kam in die Entwicklungsgeschichte des Eherechts, das zunächst auch bei den Protestanten als Teil des Kirchenrechts behandelt wurde, durch die eine Verweltlichung der Ehe in weit radikalerem Sinne, als Luther, erstrebenden Revolutionstheorien. Nachdem in Frankreich Ludwig XVI. schon 1785 mit Rücksicht auf die Protestanten eine fakultative Zivilehe eingeführt hatte, erklärte die französische Revolution 1792 die Ehe zu einem bloßen contrat social; der Code Napoléon schuf dann ein allen Konfessionen gemeinsames sog. bürgerliches Eherecht. Der sog. Kulturkampf hat dann auch in modernen europäischen Staaten gegen Ende des 19. Jahrhunderts zur Ausbildung eines konfessionslosen bürgerlichen Eherechts und einer rein bürgerlichen Eheschließungsform (Zivilehe) geführt. Vgl. BGB. §§ 1317 ff.; Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 105, 118.

In der Behandlung des Verlöbnisses sind diese modernen Gesetzgebungen im wesentlichen wieder zu den Grundsätzen der freien römischen Ehe zurückgekehrt. Klaglosigkeit. Vgl. BGB. § 1297, Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 91.

Die Scheidung ist zwar zugelassen, aber an bestimmte gesetzliche Voraus-

setzungen geknüpft. BGB. §§ 1564—1569, Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 137 ff. (Unterschied der Scheidung von einer auch im kanonischen Recht möglicher Anfechtung wegen Nichtigkeit oder Ungültigkeit). Eine gewisse Richtung auf Lockerung des ehelichen Bandes und Wiedereinführung der freien Ehe im Sinne des späteren römischen Rechtes läßt sich im modernen Zeitgeiste nicht verkennen, ebensowenig wie andrerseits ein durch die Nachteile der Schwächung des Familienprinzips hervorgerufenes erneutes Streben nach künstlicher Fürsorge für den Zweck der Ehe und Bekämpfung der Ehelosigkeit (Rückgang der Geburten). Neuerdings sind wegen der Gefahren der Rassenmischung in den Kolonien auch wieder Einschränkungen des Connubiums angeregt, wie solche bereits in einzelnen amerikanischen Staaten bestehen (vgl. Roguin, Droit civil comparé. Le mariage. p. 77). Diese zumal für das Kolonialrecht unentbehrliche Einschränkung des Connubiums hat einerseits mit dem unwissenden Vorurteil der Gleichheitsfanatiker und Kosmopoliten, andrerseits mit einer mißverständlichen Auffassung des Christentums (vgl. Bd. I S. 343 ff.) zu kämpfen. Vom höchsten sittlichen Standpunkte aus ist die den Anfang der Ehe kennzeichnende sakramentale Auffassung derselben zweifellos die allein angemessene. Wie aber schon die Sittlichkeit gefährdet wird, wenn man sie zwangsweise verwirklichen will, so schließt die Religion jede Berührung mit staatlichem Zwang noch viel mehr aus. Die kirchliche Beherrschung der Ehegesetzgebung hatte den großen Nachteil, in Verkennung des christlichen Grundsatzes: „Gebet dem Kaiser, was des Kaisers ist!“ eine höhere, dem Gewissen vorbehaltene Aufgabe mit niederen Elementen zu vermischen und sozusagen das Innerlichste zu veräußerlichen. Neuerdings hat auch die katholische Kirche die auf diesem Gebiete zweifellos richtige Trennung von Staat und Kirche gebilligt.

§ 14. Die persönlichen und vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe nach römischem Recht im System des jus gentium.

I. Die persönlichen Wirkungen. Auch durch den Abschluß der sogenannten freien Ehe nach späterer römischer Auffassung traten die Gatten in eine vollständige persönliche Lebensgemeinschaft. (Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio, l. 1 § 1 D. 23, 2). Obwohl die Frau nicht unter die manus des Ehemanns (oder dessen Gewalthabers) tritt, so bildet doch entsprechend der natürlichen Verschiedenheit der Geschlechter der Mann das Haupt der Familie, die Frau ist ihm zur reverentia verpflichtet; sie steht in einem Abhängigkeitsverhältnis, demzufolge sie auch den Stand und Wohnort des Mannes teilt.[1]) Im Zusammenhange damit hat der Mann ein interdictum de uxore exhibenda gegen jeden, der ihm die Frau vorenthält, selbst gegen ihren Vater. Er wird in Prozessen als ihr vermutlicher Anwalt zugelassen (L. 2 Cod. de

[1]) L. 13 Cod. de dignitate 12, 1.

proc. 2, 13), eine Beleidigung der Frau gilt als unmittelbare Beleidigung des Mannes.[1]) Aus der Innigkeit des Verhältnisses wird auch die Folgerung gezogen, daß actiones poenales et famosae unter Ehegatten nicht zulässig sind, ferner, daß sie gegeneinander nicht zum Zeugnis verpflichtet sind und gegenseitig das beneficium competentiae haben (vgl. Bd. I S. 264).

II. Die vermögensrechtlichen Wirkungen. Die Gemeinschaft der Lebensverhältnisse bewirkt, daß jeder Ehegatte an den Gütern des anderen tatsächlichen Anteil hat. Aber die tatsächliche Gemeinschaft braucht nicht notwendig auch eine rechtliche zu sein. Vielmehr bleibt nach römischem Recht in der freien Ehe das Vermögen der beiden Ehegatten voneinander unabhängig und getrennt, wie wenn sie gar nicht verheiratet wären, und auch, was sie während der Ehe hinzuerwerben oder schuldig werden, erwirbt und schuldet jeder für sich. Damit steht nicht in Widerspruch, daß Haushaltsschulden nur den Mann treffen. Dies geschieht um deswillen, weil die Frau eine generelle Vollmacht von ihm hat. (Sog. Schlüsselgewalt). Indessen entwickelte die Jurisprudenz eine Reihe von Rechtsinstituten und Rechtsregeln, die den Zweck haben, neben jener Getrenntheit gewissen Bedürfnissen der Ehe entgegenzukommen und dafür zu sorgen, daß die Ehe nicht von dem einen oder andern Gatten zum Nachteil des andern mißbraucht werde. Dies sind die dos (Mitgift), die donatio propter nuptias, das Verbot der Schenkung zwischen Ehegatten. — Von einer anderen Auffassung ist das deutsche Recht ausgegangen; es sieht nämlich die tatsächliche Vermögensgemeinschaft der Ehegatten von vornherein auch als die rechtlich naturgemäße an. Für das wirkliche Leben der Ehegatten (nach innen) ist dieser Gegensatz des römischen und deutschen Rechts nur von geringem praktischen Belang; er tritt hauptsächlich hervor nach außen, nämlich in den Verhältnissen der Ehegatten gegenüber dritten Gläubigern und Schuldnern und gegenüber den Erben. Dieses deutsch-rechtliche System nennt man das der Gütergemeinschaft und im Gegensatz dazu das römische der Vermögensgetrenntheit, das Dotalsystem. (Das BGB., das in der Regelung des Güterrechts ausschließlich an die deutsch-rechtliche Entwicklung anknüpft und neben dem gesetzlichen Güterrecht der sogenannten Verwaltungsgemeinschaft eine Reihe von deutsch-rechtlichen Zwischen-

[1]) L. 2 D. injuriis 47, 10.

bildungen zwischen der vollkommenen und partikularen Gütergemeinschaft zuläßt, Errungenschaftsgemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft, hat das Dotalsystem abgelehnt. Ebenso das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Gleichwohl oder vielmehr gerade deshalb ist eine Darstellung dieses Systems in einer „Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts" schon mit Rücksicht auf die in diesem System durchgeführte und im Vergleich mit den überaus künstlichen und schwerfälligen deutsch-rechtlichen Systemen geradezu klassische Rechtsvernunft nicht zu umgehen).

A. Das Dotalsystem. a) Begriff der dos: Dem Manne liegt die Pflicht ob, die Lasten des gemeinsamen Haushalts zu tragen, aber er hat kein Recht an dem Vermögen der Frau und es erscheint daher billig, daß die Frau ihm einen Beitrag hierzu gewähre. Als Dos gilt daher jede Art von Vermögensbereicherung, die dem Mann von der Frau (oder auch von anderen für die Frau) verschafft wird zu dem Zwecke, ihm die Bestreitung der Kosten des ehelichen Lebens zu erleichtern, seien es Sachen, Geld oder sonstige Werte.

Die dos setzt stets das Vorhandensein einer gültigen Ehe voraus;[1]) ist dem Manne schon vor Eingehung der Ehe dotis causa etwas gegeben, so kann ihm das Gegebene mit der condictio causa data causa non secuta wieder abgefordert werden,[2]) und hört die Ehe auf, so muß der Mann auch die dos wieder zurückgeben. Die dos unterscheidet sich also wesentlich von der einfachen Schenkung, ihre Bestellung gilt für den Mann nicht als ein unentgeltliches (liberales) Geschäft, sondern als ein oneroses (entgeltliches); denn er hat dagegen die Lasten der Ehe übernommen; er kann daher z. B. Verzugszinsen verlangen.[3]) Für die Frau hingegen kann sie eine Schenkung sein wegen ihres eventuellen Rückforderungsrechts, wenn sie von einem Dritten aus freien Stücken für sie bestellt wird. (L. 31 pr. Cod. de J. D. 5, 12). Uebrigens unterschied man: a) dos voluntaria et necessaria; letztere war eine solche, auf deren Bestellung die Frau einen Rechtsanspruch hatte. b) dos profecticia und adventicia: erstere war diejenige, welche aus dem Vermögen des Vaters oder Großvaters bestellt wurde, adventicia jede andere dos; letztere wurde recepticia genannt, wenn der Besteller sich vor-

[1]) L. 3 D. h. t. 23, 3.
[2]) L. 7 § 1, l. 8, l. 9 D. de cond. c. c. 12, 4.
[3]) L. 21 § 1 D. h. t. 24, 1.

behielt, daß sie nach Auflösung der Ehe wieder an ihn selbst zurückgegeben werden solle (l. 5 pr. D. tit.).

b) Verbindlichkeit zur dotatio: Ein Recht auf Bestellung der dos hat der Mann weder gegen seine Frau noch gegen deren Eltern. Die naturalis aequitas bringt es zwar mit sich, daß die Frau ihm eine dos übergibt. Aber daraus folgt nichts weiter rechtlich, als daß die Frau, wenn sie es getan hat, weil sie glaubte irrig dazu verpflichtet zu sein, es nicht zurückfordern darf mit der condictio indebiti: l. 32, s. 2 d. c. d. 12, 16. — Dagegen der Frau selbst ist das Recht gegeben — vermutlich durch die lex Julia und Papia Poppaea —, wenn sie nicht etwa eigenes hinreichendes Vermögen hat, von ihrem Vater oder väterlichen Großvater die Bestellung einer dos zu verlangen, und zwar einerlei, ob sie noch in väterlicher Gewalt steht oder schon emanzipiert ist. l. 19 D. 23, 2; l. 60; l. 69 § 4 D. 23, 3 und l. 7 cod. 5, 11. In subsidium ist auch die Mutter dazu verpflichtet, l. 14 Cod. de m. dotatione 5, 12. Dagegen nicht, wie auf Grund der lex 12 § 3 D. 26, 7 wohl behauptet wird, der Bruder. Der Betrag der dos soll nach den Standes- und Vermögensverhältnissen der Beteiligten vom Richter nach Ermessen festgestellt werden. Die römische Sitte gab hier einen Anhaltspunkt.

In Rom gab man ganz allgemein verhältnismäßig bedeutende dotes mit Rücksicht auf den künftigen Erbteil der Tochter, patrimonium. In Deutschland ist dies nicht der Fall. Als das allgemein übliche wird man hier schwerlich ein mehreres als die sogenannte Aussteuer ansehen können. In Anschluß an römisch-rechtliche Dotationspflicht ist später noch im Kanonischen Recht verordnet in c. 1, c. 2. Extra., daß der Verführer eines bisher unbescholtenen Mädchens dasselbe heiraten und dotieren soll. Et duc et dota! Die Praxis hat dies so ausgelegt, daß der Verführer entweder das eine oder das andere tun solle, sie las: dotabit aut uxorem habebit (innerhalb einer ihm zu setzenden Frist). Die Verführung wurde bis zum Beweise des Gegenteils präsumiert. Die exceptio plurium constupratorum schloß, wenn sie bewiesen ward, das andere aus und die Höhe der Entschädigung war häufig partikularrechtlich bestimmt; Deflorationsgebühren. Vgl. jetzt BGB. § 1300.

c) Die Bestellung des dos geschieht durch jede Handlung, welche das Vermögen des Mannes dotis causa bereichert. Bei Ulpian frg. VI, § 1 heißt es, dos aut datur aut dicitur aut promittitur. Davon ist die dictio dotis im späteren Recht weggefallen; es war eine mündliche Zusage an den Ehemann ohne vorhergehende Frage des letzteren, wie wenn er sich hätte stipulieren lassen. Hinsichtlich der beiden anderen Arten aber ist zu bemerken,

1. datio dotis war zunächst die Hingabe von Sachen an das Eigentum des Mannes, sodann aber im weiteren Sinne überhaupt eine jede unmittelbare Vermehrung des Vermögens des Mannes durch den Gegenstand, der zur dos dienen soll, z. B. Bestellung einer Servitut, z. B. eines Nießbrauchs, Zession einer Forderung an ihn, Erlaß einer Schuld, welche er dem Besteller zu entrichten hatte, Bezahlung einer Schuld, die er dritten leisten mußte.

Auch ein ganzes Vermögen konnte dem Mann als dos gegeben werden. Es begründete dies keine Gesamtrechtsnachfolge des Mannes, sondern die einzelnen dazugehörigen Sachen mußten dem Manne tradiert, die Forderungen zediert, die Schulden vorabgezogen werden. Streitig ist, ob eine dos auch durch die bloße Hingabe an den Mann ohne die ausdrückliche Erklärung der Absicht, daß das in seine Hände gegebene dos sein solle, eine dos bestellt werden konnte. Eine solche dos tacita kommt im römischen Rechte nur in einem einzigen Falle vor: wenn eine Ehefrau sich von ihrem Manne geschieden, aber von ihm ihre dos noch nicht zurückerhalten hat und ihn darauf wieder heiratet, so soll angenommen werden, daß sie die alte dos auch für die neue Ehe hat geben wollen. Die gemeinrechtliche Praxis hat es jedoch auch in andern Fällen angenommen und so galt dies im gemeinen Recht vor allem bei der sogenannten Aussteuer, einem gewohnheitsrechtlichen Institut, bei dem nach deutscher Sitte die Absicht entschieden dahin geht, dem Manne die onera matrimonii zu erleichtern und demgemäß, sofern überhaupt das Dotalrecht zur Anwendung kam, auch eine dos tacita anzunehmen war. Es ist daher irrig, wenn die Aussteuer bei getrenntem Güterrecht als Paraphernalgut der Frau[1]) behandelt wird, sofern dies nicht ausdrücklich ausgemacht worden ist.

2. Promissio dotis: das Versprechen an den Mann, ihm künftig etwas als dos zu geben. Dieses mußte ursprünglich in Stipulationsform erteilt werden. Erst seit Theodosius II. genehmigte man ein formloses Versprechen. Eine solche promissio dotis galt schon als Bestellung der dos selbst; das Vermögen des Mannes war jetzt schon um den klagbaren Anspruch vermehrt, wie wenn ihm eine andere Forderung zediert wäre und die spätere Auszahlung (numeratio dotis) war nur Erfüllung jenes Versprechens. Es war

[1]) Vgl. unten § 15.

auch nicht gerade das Versprechen bestimmter Gegenstände oder einer bestimmten Summe erforderlich, sondern es genügte das Versprechen einer dos im allgemeinen, wenn der Versprechende dotationspflichtig war, oder wenn es als Versprechen nach arbitrium boni viri aufgefaßt werden konnte, wogegen allerdings das nackte Versprechen irgendeiner dos als auf die Willkür des Verpflichteten gestellt und daher als ungültig betrachtet wurde. Wegen der Erfüllung des Versprechens stand dem Manne ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Schuldners zu und sobald die Ehe geschlossen ist, konnte er auf Erfüllung klagen, falls nicht etwa ein späterer Zahlungstermin ausgemacht war. Früchte und Zinsen konnte er erst fordern, wenn die dos ihm 2 Jahre nach Eingehung der Ehe nicht ausgezahlt war, und auch nur 4 %, diese aber auch ohne vorgängige Mahnung.

d) Das Rechtsverhältnis der dos während der Ehe: Während der Ehe gehört die dos zum Vermögen des Mannes. Er ist Eigentümer der Dotalsachen und Gläubiger der Dotalforderungen (L. 23 Cod. 5, 12). Allein zu freiem und endgültigem Eigentum erwirbt er nur die Früchte der dos, welche er zu den onera matrimonii verwenden soll. Was die Substanz betrifft, so muß er diese nach Auflösung der Ehe an die Frau oder die sonstigen zur Rückforderung Berechtigten zurückgeben. Das Eigentum des Mannes ist also ein passiv gebundenes, ja in gewissem Sinne nur fiduziarisches (formales) Eigentum.[1]) Um diese Gebundenheit in einem wichtigen Falle zu sichern, entzog die lex Julia de fundo dotali (18 v. Chr.) dem Manne das Veräußerungs- und Verpfändungsrecht für einen zur dos gegebenen fundus Italicus. Justinian hat dieses Veräußerungsverbot, dessen Uebertretung nichtig ist, auf alle Dotalgrundstücke ausgedehnt (Cod. V, 23 de fundo dotali). Auch Einwilligung der Frau machte die Veräußerung nicht gültig. Jedoch wurde im kanonischen Recht ein eidlicher Verzicht der Frau als gültig anerkannt.

e) Die Rückgabe der dos: aa) Der Berechtigte: 1. Wenn die Ehe aufgelöst wird durch den Tod eines von beiden oder Scheidung, so muß die dos der Regel nach zurückgegeben werden. Ursprünglich nämlich wurde das Recht der Rückforderung durch besondere Stipulationen, cautiones rei uxoriae festgestellt, und dann klagte der Berechtigte daraus mit der a° ex stipulatu auf Herausgabe, und

---

[1]) L. 75 D. h. t.: Quamvis in bonis mariti dos est, mulieris tamen est.

diese Klage ging natürlich auch auf seine Erben über. War es nicht geschehen, so fand zwar auch gesetzlich ein Rückforderungsrecht statt und zur Geltendmachung desselben diente die a° rei uxoriae. Allein dies gesetzliche Rückforderungsrecht war sehr beschränkt, es stand nur dem Berechtigten selbst, nicht aber seinem Erben zu; die dos profecticia forderte nämlich der Vater zurück, und die dos adventicia die Frau. War aber die dos adventicia, und die Ehe durch den Tod der Frau gelöst, so war jetzt niemand da, das sie hätte zurückfordern können, sie verblieb daher ganz beim Manne. Dazu kamen sehr bedeutende Abzüge, retentiones, des Mannes, propter liberos, propter mores, u. dgl. Justinian erweiterte nun das gesetzliche Rückforderungsrecht ungemein mittelst der l. unic. Cod. d. r. u. a. 5, 13. Es soll darnach nämlich immer fingiert werden, daß die Frau die Rückgabe von sich selbst stipuliert habe, nur mit Ausnahme von 2 Fällen, nämlich: a) wenn ein dritter Besteller die Rückgabe vorbehalten hatte, b) wenn die dos eine profecticia ist.

Im übrigen ist zu unterscheiden:

α) Wenn die Frau bei Trennung der Ehe noch lebt und sui juris ist, so fordert sie selbst sowohl die dos adventicia als auch die profecticia von dem Manne oder den Erben des verstorbenen Mannes zurück (L. unica § 11 zit.). Die dos profecticia einer filia familias fordert der Vater zurück, jedoch soll er es nicht ohne Zustimmung der Tochter tun und ihr die dos für eine etwaige zweite Ehe aufheben. (Jetzt ist jede Ehefrau sui juris.)

β) Wird die Ehe durch den Tod der Frau getrennt, so haben die Erben das Recht der Rückforderung. Eine Ausnahme macht die dos profecticia; sie fordert der Vater zurück in solatium filiae amissae, nach römischen Rechte selbst dann, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind.

bb) Gegenstand der Rückgabe: Im allgemeinen ist selbstverständlich zurückzugeben, was als dos bestellt worden ist. Im einzelnen ist dabei zu unterscheiden:

1. Der Hauptgegenstand.

α) Waren unvertretbare Sachen gegeben, so sind sie in natura zu restituieren, und zwar in dem Zustande, den sie bei Anwendung derjenigen Sorgfalt, die der Mann seinen eigenen Sachen zuwendet (diligentia, quam in suis) durch den Gebrauch erhalten haben. Ist Naturalrestitution un-

möglich, so ist ihr Wert zu ersetzen, der durch eine aestimatio taxationis causa gleich bei der Hingabe festgestellt sein kann.

β) Waren vertretbare Sachen (Fungibilien) gegeben, so ist die gleiche Quantität zurückzugeben; in diesem Falle trägt der Mann die Gefahr des Zufalls (hierher gehört auch die dos venditionis causa, bei der von vornherein die Taxsumme zum Gegenstand gemacht wird).

γ) Waren dem Manne Forderungen, ausstehende Kapitalien überwiesen, so hat er diese einzuklagen und dasjenige zu restituieren, was er vom Schuldner erlangen konnte; war also ein Schuldner zur Zeit der Zession bereits zahlungsunfähig, so steht der Mann dafür nicht ein; anders, wenn er dem Schuldner freiwillig Kredit gibt oder auch einfach nichts einkassiert; dies tut er auf seine eigene Gefahr und wird, wenn infolge davon die Forderung verlustig geht, Schuldner der Summe; eine Ausnahme findet statt, wenn er dem Schwiegervater oder einem Dritten, der ihm die dos versprach, nicht auf Auszahlung verklagt; denn die Forderung aus solchen Dotalversprechen steht auf Gefahr der Frau, so lange der Mann sich keine grobe Nachlässigkeit zu schulden kommen läßt (l. 33, l. 49 pr. D. h. t.).

2. Zuwachs: Zu dem Hauptgegenstande können Akzessionen hinzukommen, Alluvionen, Windbrüche, der auf dem Dotalgrundstück gefundene Schatz u. dgl. Diese sind zu restituieren, während die eigentlichen Früchte nach dem Begriffe der dos dem Manne verbleiben. Nur wenn die Dotalgegenstände schon vor Eingehung der Ehe übergeben worden sind, so vermehren die ante nuptias gezogenen Früchte, falls sie nicht geschenkt sein sollten, das Kapital der dos selbst (l. 7 § 1, l. 47 D. h. t.).

Eine besondere Regelung traf man für die Früchte des letzten Ehejahres. Diese wurden nach Verhältnis der Zeit, während welcher die Ehe im letzten Jahre noch bestanden hat, zwischen dem Manne oder seinen Erben und den Rückforderungsberechtigten geteilt, z. B. wenn die Ehe 10 Jahre und 3 Monate nach Bestellung der dos aufgelöst wird, so bekommt der Mann von der Ernte des 11. Jahres, mag sie zur Zeit der Trennung schon ganz oder auch gar nicht eingebracht (percipirt) sein, immer $^1/_4$. (l. un. § 9 Cod. 5, 13).

Endlosen Streit hat hervorgerufen l. 7 § 1 (24, 3), welche den Fall betrifft, daß die Früchte von zwei Jahren verhältnismäßig zu teilen sind. Es ist ein Weinberg am 1. Oktober in dotem gegeben; der Mann hat die Weinernte im Lauf des Oktobers bezogen, das Grundstück darauf vom 1. November an verpachtet, und am 31. Januar erfolgt die Scheidung, nachdem der Weinberg also 4 Monate dotal gewesen ist. Hier soll die Weinernte vom vorigen Jahr (12), und der 3 monatliche Pachtzins (3) zusammengeworfen werden, und von diesem Quantum soll der Mann 1/3 bekommen. — Es handelt sich hier um eine Billigkeitsentscheidung und es ist grundlos, wenn darüber zahlreiche Ausleger sich den Kopf zerbrochen haben.

3. Gegenforderungen. Der Mann trägt zwar die gewöhnlichen Unterhaltungskosten und Reparaturen der dos, außergewöhnliche Aufwendungen (Impensen) müssen ihm jedoch bei der Rückgabe vergütet werden, z. B. Neubauten, Prozesse u. dgl.

Notwendige Impensen dieser Art verringern die dos ipso jure, so daß er sie der Klage gegenüber abziehen kann.[1]) Bloß nützliche Aufwendungen (imp. utiles) kann der Mann nur ersetzt verlangen, wenn er sie mit Zustimmung der Frau machte oder, wenn und soweit die Sachen dadurch zur Zeit der Rückgabe noch verbessert sind; ihm steht deswegen aber kein Zurückbehaltungsrecht (Retention) zu, er kann sie nur mit einem actio mandati oder negotiorum gestorum selbständig einklagen.[2]) Wegen überflüssiger Aufwendungen (imp. voluptuariae) hat der Mann nur das Wegnahmerecht (jus tollendi).

4. Die Klage auf Rückgabe der dos entspringt aus der Bestellung und ist eine persönliche (obligatorische) Klage gegen den Mann oder dessen Erben. Justinian bezeichnet sie unter Fiktion einer Stipulation als actio exstipulatu; man nennt sie heutzutage einfach die Dotalklage.

Zu ihrer Begründung ist der Beweis erforderlich, daß die eingeklagten Gegenstände dem Manne eingebracht wurden. Derselbe kann namentlich auch durch eine Empfangsbescheinigung des Mannes gegeben werden. Eine solche Empfangsbescheinigung bewies jedoch nicht sofort, sondern es konnte ihr, wenn die Ehe nicht über 2 Jahre bestand, noch während eines Jahres, wenn sie zwischen 2 und 10 Jahren bestand, noch während dreier Monate eine exceptio non numeratae dotis entgegengesetzt werden, und erst nach dem Ablauf von 10 Jahren erlangte sie un-

---

[1]) l. 4, l. 5 pr. D. h. t.

[2]) l. 9—11 pr. D h. t. l. un. Cod. § 5 (5, 13).

bedingte Beweiskraft. — Ueberzeugend kann die Einrede des Nichtempfangs durch eine vom Manne eingelegte Verwahrung erhalten werden.

Ferner diente zum Schutz der Dotalansprüche ein allgemeines privilegiertes Pfandrecht, das der Frau und ihren Abkömmlingen am ganzen Vermögen des Mannes zustand und auch gegen dritte Personen geltend gemacht werden konnte; noch vorhandene Dotalsachen konnte die Frau sogar vindizieren, ebenso andere mit von dem Manne aus dem Dotalvermögen angeschaffte Sachen (res quasi dotales).[1])

Vgl. aus der Literatur: Bechmann, Das römische Dotalrecht, 2 Bde, 1863, 1867; Czylarz, Das römische Dotalrecht 1870; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, 1 S. 190—232; Gide, Condition de la femme. 2 ed. S. 499—542; Solazzi, La restitutione de la dote 1899. Ueber den Einfluß des griechischen Rechts auf das römische Dotalrecht vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 230 ff.

Ursprünglich mußte die Rückgabe der dos durch besonderen Verbalvertrag, cautio rei uxoriae, versprochen werden. Der Prätor gab dann eine Klage (actio rei uxoriae) aus dem bloßen pactum, die frühzeitig in das Zivilrecht aufgenommen wurde. Das klassische Recht ließ dieser actio rei uxoriae gegenüber noch verschiedene andere Retentionseinreden neben der oben im Texte erwähnten zu, nämlich propter liberos (1/6 für jedes Kind, im ganzen nicht mehr als 3/6), propter mores (wegen Ehebruchs, mores graviores 1/6, propter mores leviores 1/8), propter res donatas und res amotas. Diese Retentionseinreden sind durch l. un. Cod. § 5 beseitigt. Vgl. Pernice, Zeitschr. der Sav.-Stift. Bd. 20 S. 130 ff.; Thomas, Observations sur les actions „in bonum et aequum conceptae" in Nouv. revue hist. de droit 1901.

B. Die Donatio propter nuptias: Seit Beginn der Kaiserzeit bildete sich in Rom die Sitte aus, daß der Bräutigam vor Eingehung der Ehe der Braut größere Geschenke zur Sicherung der Kosten des gemeinschaftlichen Haushalts machte. Diese Sitte hat Justinian als sogenannte contrados gesetzlich geregelt. Eine Schenkung zu diesem Zwecke sollte jetzt auch noch nach der Eingehung der Ehe zulässig sein und deshalb nicht mehr, wie früher donatio ante nuptias, sondern propter nuptias heißen. Das Eigentum an der donatio propter nuptias stand der Frau zu, der Mann behielt jedoch während der Ehe die Verwaltung und Nutzung, damit er die Einkünfte für die Frau verwenden könne. Der Vorteil für die Frau bestand darin, daß dieses Gut im Falle der Verarmung des Mannes ebenso behandelt wurde, wie die dos. Nach Auflösung der Ehe fiel die donatio propter nuptia an den Mann oder dessen

[1]) l. 30 Cod. 5, 12; l. 12 § 1 Cod. qui potiores 8, 18.

Erben zurück. Allein, waren Kinder aus der Ehe vorhanden, so behielt die Witwe den Nießbrauch an der donatio propter nuptias, und wenn die Ehe durch Schuld des Mannes geschieden wurde, so wurde ihr die donatio propter nuptias zuerkannt (Nov. 117 c. 8; 9, l. 11 § 1. C. h. t.).

Der Ursprung dieser Institution ist im griechischen Recht zu suchen; sie ist später auch in fränkisch-romanische Quellen übergegangen, in Deutschland aber nicht rezipiert.

Vgl. H. Brunner, Die fränkisch-romanische dos, Sitzungsberichte der Akademie der Wiss. zu Berlin Bd. 29 (1894) S. 545 ff. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 230 ff.

Aehnliche Institute des deutschen Privatrechts, wie das sogenannte Gegenvermächtnis, die Widerlage, contrados, auch die Morgengabe des Adels, das Dotalicium, Vidualicium haben einen selbständigen Ursprung (vgl. Stobbe, Das Privatrecht Bd. 4 § 234).

C. Das Paraphernalgut. Beide Ehegatten können neben der dos und donatio propter nuptias auch sonstiges freies Vermögen haben. Bei der Frau heißt dieses freie Vermögen paripherna (φέρνη = dos) = extra dotem. Hinsichtlich dieses Vermögens sind die Ehegatten an sich vollkommen selbständig; zwischen ihnen können hinsichtlich dieses Vermögens alle möglichen Rechtsgeschäfte und sogar Prozesse stattfinden.[1]) Besondere Vorschriften aber sind:

1. Vermögensgegenstände, rücksichtlich deren feststeht, daß sie erst während der Ehe in den Besitz der Frau gekommen sind, werden als ihr vom Manne geschenkt und folglich wegen der Nichtigkeit solcher Schenkungen (vgl. unten § 15) als Eigentum des Mannes angesehen, falls nicht die Frau ihrerseits einen anderen Erwerbsgrund nachweist. Dies ist die berühmte praesumtio Muciana,[2]) die dem Q. Mucius Scaevola ihre Entstehung verdankt (Bd. I S. 301), von der sich ein Nachklang noch im BGB. § 1362 erhalten hat.

2. Wenn die Frau dem Manne im Ehevertrage Kapitalien zur Verwaltung überweist, so kann er die Zinsen davon für den gemeinschaftlichen Haushalt verwenden, ohne zur Rückerstattung verpflichtet zu sein.

3. Die Ehegatten haben gegeneinander die Rechtswohltat des Notbedarfs (Bd. I S. 264).

---

[1]) L. 9 § 3 D. h. t. 23, 3; l. 27 § 30, l. 56 D. 9, 2.

[2]) L. 51 D. 24, 1.

§ 15. Schenkungen unter Ehegatten.

Schenkungen, welche ein Ehegatte dem andern während des Bestehens der Ehe macht, waren nach römischem Recht ipso jure nichtig. Es sollte dadurch verhütet werden, daß ein Ehegatte die Schwäche des andern mißbrauche und sich bereichere, was bei der Willkürlichkeit der Ehescheidung nicht ohne Gefahr war. Der Satz kam gewohnheitsrechtlich auf, als gegen Ende der Republik die Ehescheidungen überhand nahmen. Um ihn strenger durchzuführen, wurden auch versteckte Schenkungen darunter begriffen, z. B. zu wohlfeiler Kauf, stillschweigend erlaubte Ersitzung, sogar Schenkungen des Ehegatten an Personen, die durch väterliche Gewalt mit dem andern Ehegatten verbunden waren und deren Erwerb also dem andern Ehegatten mittelbar zum Vorteil gereichte.[1])

Das Verbot erlangte aber eine zunächst unbeabsichtigte wichtige Bedeutung auch für die Gläubiger des Schenkenden, die, falls letzterer zahlungsunfähig wurde, das Verschenkte von dem anderen Ehegatten vindizieren konnten.

Da jedoch der Zweck des ganzen Verbotes eigentlich nur dahin ging, jedem Ehegatten die Substanz seines Vermögens gegen habsüchtige Absichten des anderen zu sichern, so sollte es mit einer angemessenen Liberalität behandelt werden. Es waren daher alle bloße Gelegenheitsgeschenke, solemnia munera, gültig und ebenso alle, die direkt nicht auf Bereicherung gingen, sondern sich irgendwie noch auf Alimentation beziehen ließen, mochten sie immerhin das Notwendige überschreiten, z. B. für die Vergnügungsreise der Frau oder zur Erlangung eines Ehrenrangs für den Mann. Es ging daher auch die Rückforderungsklage, die entweder als reivindicatio oder als condictio sine causa begründet werden konnte, nur auf das, warum der Beschenkte noch bereichert war. (L. 16; l. 28 D. h. t. 24, 1).

Endlich waren auch kraft singulärer Vorschrift gültig Schenkungen zwischen dem Regenten und der Regentin und zum Zweck des Wiederaufbaus eines zerstörten Hauses.

Konvaleszenz: Ein S. C. des Septimius Severus von 200 n. Chr. bestimmte, daß die nichtige Schenkung konvaleszieren solle, wenn der Schenker, während der Ehe, ohne sie

---

[1]) L. 3 §§ 2—7 D. h. t. 24, 1.

widerrufen zu haben, stirbt; die Erben sollen das Widerrufsrecht nicht ausüben dürfen. Hieraus folgte dann namentlich noch die Gültigkeit einer jeden donatio mortis causa.

§ 16. Ehescheidung und Vermögensstrafen bei deren Verschuldung.

„Non omne, quod licet, honestum est."

I. Aus dem Begriffe der Manus ergibt sich ohne weiteres, daß bei der Manus-Ehe die Ehescheidung nur einseitig durch den Mann herbeigeführt werden konnte, ferner, daß dieses einseitige Recht des Mannes an rechtliche Schranken nicht gebunden war. Vgl. darüber v. Ihering, Geist des römischen Rechts III § 32 (S. 187). Wenn gleichwohl die Ehescheidung in den ersten Jahrhunderten der Republik ein äußerst seltenes Vorkommnis war, so bestätigt dies den von v. Ihering (Geist des römischen Rechts III § 32) in so beachtenswerter Weise hervorgehobenen Gegensatz zwischen Recht und Sitte. Nichts ist verkehrter, als ein Schluß vom Familienrecht auf das Familienleben; gerade durch die unbeschränkte Gewalt des Hausherrn sollte das innere Leben der Familie gegen „die dürre Prosa des Rechts" geschützt werden. Die Erörterung „ehelicher Pflichten" vor einem Gerichte, wie es das moderne Scheidungsrecht so oft mit sich bringt, wäre für das altrömische Freiheitsgefühl und für das sittliche Zartgefühl unerträglich gewesen; gerade durch die rechtlich unbeschränkte Gewalt des Hausherrn war „der Charakter des römischen Hauses als einer Stätte des Friedens und eines unantastbaren Zufluchtsortes" am besten gesichert. „Quam multa pietas, humanitas, liberalitas exigunt, quae omnia extra tabulas publicas sunt", schreibt Seneca (de ira II, 27), und man kann in Erinnerung an ein Wort des Tacitus in der Germania geradezu behaupten, daß das Bedürfnis einer gesetzlichen Regelung des Ehe- und Familienrechts im umgekehrten Verhältnisse zu der tatsächlichen Gesundheit desselben steht, wie ja auch der Gebrauch von Arzneimitteln am deutlichsten die Erkrankung des Leibes bezeugt.

Lediglich die Form der Scheidung war für die Manus-Ehe geregelt. Wie für alle formellen Rechtsgeschäfte, so galt auch hier der Grundsatz: „quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur" (l. 152 D. de R. J. 50, 17). War die Manus-Ehe durch confarreatio geschlossen, so erfolgte die Scheidung durch diffarreatio (vgl. Bd. I S. 50, 83); war sie durch coemptio

oder usus geschlossen, so war eine remancipatio erforderlich. Die formlos durch bloßen Konsens eingegangene freie Ehe dagegen konnte beiderseits einseitig mit dem Rücktritt von diesem Konsensus jederzeit gelöst werden (Divortium). Man unterschied hierbei die Scheidung auf Grund beiderseitigen Einverständnisses (divortium communi consensu) und die einseitige Aufhebung der Ehe (repudium). Erst in der Kaiserzeit wurde auch letzteres durch die lex Julia de adulteriis an bestimmte Formen gebunden; das Gesetz verlangte eine Erklärung vor sieben Zeugen, die in der Regel durch einen von einem Freigelassenen überbrachten Brief (libellus repudii) erfolgte.[1])

II. Das freie Ehescheidungsrecht wurde auch von den christlichen Kaisern nicht aufgehoben, jedoch wurden jetzt für den Gatten, der dem anderen durch eine unerlaubte Handlung eine rechtmäßige Ursache zur Scheidung gibt, Vermögensstrafen eingeführt: a) Die Frau als schuldiger Teil verliert die Dos und in Ermangelung einer solchen den vierten Teil ihres Vermögens (nicht über 100 Pfund Gold) an den Mann, der, wenn Kinder vorhanden sind, nur den Nießbrauch erhält (das Eigentum fällt dann den Kindern zu).

b) Der Mann verliert die donatio propter nuptias und in Ermangelung einer solchen ebenfalls den vierten Teil seines Vermögens an die Frau oder Kinder, wie zu a, und wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs beschuldigt oder ihr durch Unterhaltung einer Beischläferin Ursache zur Scheidung gegeben hat, noch ein Dritteil mehr.

Vgl. aus der Literatur: Paul Gide, Etude sur la condition privée de la femme. Paris 1867. (Veraltet und vielfach unrichtig Laboulaye, Recherches sur la condition politique et civile des femmes Paris 1842); K. Wächter, Ueber Ehescheidungen bei den Römern; Roßbach, Untersuchungen über die römische Ehe; v. Ihering, Geist des römischen Rechts, a. a. O.

§ 17. Die Wiederverheiratung.

Die Ehegatten können nach Auflösung der Ehe sich wieder verheiraten, auch geschiedene Ehegatten untereinander. Aber während die heidnische Zeit die Wiederverheiratung begünstigte, ja die lex Papia Poppaea sie indirekt zu erzwingen versuchte, erschwerte die Gesetzgebung der christlichen Kaiser sie durch vermögensrechtliche Nachteile, die sogenannte damna oder poenae secundarum nuptiarum. Justinian hat diese in der Nov. 22 neu geregelt. Darnach verliert

---

[1]) Cod. 5, 17 de repud. 5.

der sich wieder Verheiratende (conjux binubus) die Erbschaft oder die Legate, die ihm der erste Ehegatte unter der Bedingung, daß er nicht wieder heirate, sub conditione viduitatis, hinterläßt; die sich wieder verheiratende Witwe verliert auch Namen und Rang des ersten Mannes, und zugunsten der Kinder der ersten Ehe sind folgende Schutzvorschriften erlassen:

a) Alles, was der conjux binubus aus dem Vermögen des ersten Ehegatten erworben hat, alle lucra nuptialia fallen mit Eingehung der zweiten Ehe ipso jure in das Eigentum der Kinder erster Ehe; der conjux binubus erhält nur den Nießbrauch.

b) Der conjux binubus darf dem zweiten Ehegatten weder inter vivos noch mortis causa aus seinem eigenen Vermögen mehr zuwenden, als demjenigen Kinde erster Ehe, welches am wenigsten von ihm erhält.

Gültig enterbte Kinder jedoch aus erster Ehe kamen hierbei nicht in Betracht. Was er dem zweiten Ehegatten also mehr gab, fiel ipso jure den Kindern erster Ehe zu gleichen Teilen an; die der zweiten Ehe erhielten nichts davon.

c) Besondere Nachteile treffen noch die mater binuba; sie soll nämlich, wenn sie ein verstorbenes Kind erster Ehe mit dessen Geschwistern zusammen, ab intestato bereits beerbt hat oder nach Eingehung der zweiten Ehe noch beerbt, auch an diesem Vermögen nur den Nießbrauch haben. Das Eigentum soll den Kindern erster Ehe zufallen. — Sie soll ferner Schenkungen an die Kinder erster Ehe nur wegen Realinjurien, Lebensnachstellungen und Versuche gänzlicher Vermögensentziehung (nicht wegen sonstiger Injurien) widerrufen können. Sie verliert endlich auch die Vormundschaft und die Erziehung der Kinder erster Ehe.

§ 18. Folgen vorzeitiger Wiederverheiratung.

Eine frühere Ehefrau soll, einerlei ob die frühere Ehe durch den Tod oder durch Scheidung gelöst ist, nach dem alten Zivilrecht und dem nachprätorischen Edikt zehn Monate bis zur Eingehung einer neuen Ehe warten. Theodosius verlängerte diese Frist auf zwölf Monate. Dieses sogenannte Trauerjahr beruhte auf einer doppelten Rücksicht, nämlich a) darauf, daß der sonst möglichen Ungewißheit der Vaterschaft für ein inzwischen geborenes Kind (turbatio sanguinis) vorgebeugt werden soll, b) aber auch auf der guten Sitte, weshalb die Trauerzeit selbst dann innegehalten werden mußte, wenn

die Frau gleich nach dem Tode des Mannes niedergekommen war. Die Folgen einer Verletzung des Trauerjahrs waren Infamie und Verlust der lucra nuptialia sowie des Erbrechts bis zum 3. Grade.

Vgl. jetzt BGB. § 1313. Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 103, 104.

Kapitel II.

Das Verhältnis der Eltern und Kinder. Die väterliche Gewalt.

§ 19. Im allgemeinen.

I. Die Einführung der freien Ehe hatte keinen Einfluß auf das Verhältnis der Eltern und Kinder. Die Kinder aus einem justum matrimonium, mochte es sich nun um eine Manus-Ehe oder um eine freie Ehe handeln, werden in die Gewalt des Vaters hineingeboren, Agnaten seines Agnaten, Gentilen seiner Gentilen. In ältester Zeit hing der Beweis der ehelichen Vaterschaft lediglich von der feierlichen Handlung des tollere, suscipere d. h. der persönlichen Anerkennung durch den Hausvater ab. Die Kaiserzeit führte zur Erleichterung des Beweises Geburtsregister; mindestens seit Marc Aurel ist das Vorhandensein eines album professionum liberorum natorum bezeugt. Allgemein galt die Rechtsvermutung: Pater est, quem nuptiae demonstrant. Des näheren galt noch die Bestimmung, daß im Zweifel dasjenige Kind als ehelich anzusehen sei, das nach Ablauf des sechsten Monats nach Eingehung der Ehe und vor Ablauf des zehnten Monats nach Lösung der Ehe von einer Ehefrau geboren ward. Im Zweifel; — Gegenbeweis war zulässig, der Beweis des Ehebruchs genügte aber als solcher nicht, es mußte ein Beweis der Unmöglichkeit ehelicher Abstammung sein.

Vgl. jetzt BGB. §§ 1591 ff. Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 252 ff.

Wollten die Eltern ein Kind nicht als das ihrige anerkennen, so konnte es nach späterem Recht mit der actio de liberis agnoscendis, actio de filiatione auf Anerkennung klagen; auch die Mutter konnte gegen den Vater, der die Anerkennung eines von ihr geborenen Kindes verweigerte, die actio de partu agnoscendo erheben.

Beide Eltern haben das Recht und die Pflicht zur Erziehung der Kinder, solange sie der Erziehung bedürftig und nicht zur selbstständigen Lebensstellung gelangt sind. Natürlich gibt, solange der

Vater lebt, dessen Wille den Ausschlag auf Grund seiner väterlichen Gewalt (II); immerhin ermächtigen schon die Digesten bei sogenannter nequitia des Hausvaters ihm die Kinder ex justissima causa vorzuenthalten (vgl. dazu Bd. I S. 265 ff.). Der Kodex weist hierfür ausdrücklich auf das richterliche Ermessen hin, und die Nov. 117 c. 7 geht davon aus, daß, wenn die Ehe durch Scheidung getrennt ist, der nichtschuldige Teil die Kinder bei sich behalten soll. Offenbar betrachtet noch die l. un. Cod. 5, 24 die in den Digesten angeführten Gesichtspunkte für das Ermessen des Richters als maßgebend, während die Novelle ein neues Prinzip aufstellt, aber nur für den Fall der Scheidung und so, daß neben diesem neuen Prinzip die alte Ausnahme (nequitia des anderen Teils) unbedenklich fortbestehen sollte.

Beiden Eltern steht zu das Recht der Zustimmung bei Verlöbnis und Eheschließung (nach gemeinem Recht bei Mädchen bis zum 24., bei jungen Männern bis zum 25. vollendeten Lebensjahre).

Als allgemeines Recht der beiden Eltern gegenüber den Kindern und umgekehrt ist endlich die schon in den Digesten anerkannte Alimentationspflicht im Falle der Not zu erwähnen.[1]) Dazu kommt endlich allgemein ein Recht auf Ehrerbietung von seitens des Kindes den Eltern gegenüber und die Rechtswohltat des Notbedarfs.[2])

II. Im Mittelpunkt des römischen Familienrechts steht ungeachtet gewisser unter I. erwähnter Abschwächungen auch noch im System des jus gentium die einen eigentümlichen und am längsten ausdauernden Ausläufer der urgeschichtlichen manus darstellende väterliche Gewalt (patria potestas).

Sie ist die ursprüngliche Herrschaftsgewalt des römischen Hausvaters in der Richtung auf Kinder und Sohneskinder, ein einseitiges Machtverhältnis, wenn auch sittlich, so doch nicht rechtlich als officium aufgefaßt und völlig unabhängig von der Schutzbedürftigkeit und dem Alter der Kinder, ein Privatrecht, das der Vater (de jure) durchaus im eigenen Interesse und nach eigenem Gutdünken ausüben, das er auch, wie jedes andere Privatrecht durch Uebertragung und Verzicht aufgeben kann. Als absolute

---

[1]) L. 5 D. de agnoscendis et alendis lib. 25, 3. (Etiam si non sint liberi in potestate, alendos et vice mutua alere parentes debere).

[2]) L. 5, l. 6, l. 7 D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis 37, 15. (nec famosae actiones adversus eos dentur, ne hae quidem, quae doli vel fraudis habent mentionem — licet famosae non sint. Et in quantum facere possunt, damnantur. Nec exceptiones doli patiantur vel vis metusve causa vel interdictum unde vi vel quod vi patiantur. Nec deferentes jusjurandam de calumnia jurant).

familienrechtliche Gewalt erscheint die p. p. vor allem dadurch, daß sie das Hauskind nach allen Richtungen hin dem Rechte und dem Willen des Hausherrn unterwirft soweit, als eine solche Unterwerfung mit der Freiheit und dem Staatsbürgerrecht (civitas) des Kindes vereinbar ist. Inwiefern diese Gewalt in der Richtung auf persönliche Unterwerfung des Hauskindes (jus vitae et necis, jus vendendi, jus noxae dandi, jus exponendi) zumal seit Beginn der christlichen Kaiserzeit allmählich abgeschwächt wurde, ist bereits Bd. I, S. 347 mitgeteilt worden; im rezipierten römischen, d. h. im gemeinen Recht blieb schließlich von dieser Seite der p. p. als bemerkenswertes Recht nur noch erhalten: a) ein Recht des Vaters auf die Arbeit des nicht durch faktische Emanzipation (emancipatio Saxonica) des deutschen Rechts aus der Hausgemeinschaft ausgeschiedenen Kindes,[1] b) das Recht, dem Kinde im Testament kraft väterlicher Gewalt einen Vormund zu ernennen, c) für den Fall, daß das Kind nach ihm, aber noch in der Unmündigkeit sterben sollte, im Voraus ein Testament für dasselbe zu machen und ihm den Erben zu ernennen (Pupillarsubstitution).

Dauernder erhielten sich die Wirkungen der väterlichen Gewalt in der Richtung auf das Vermögensrecht. Ursprünglich und grundsätzlich bewirkte die p. p., daß das Hauskind vermögensunfähig war. Denn in der einen und absolut monarchisch gestalteten Familie ist eben nur ein berechtigtes vermögensfähiges Subjekt vorhanden. Darum aber nahm die p. p. dem Hauskinde keineswegs die Fähigkeit zur Vornahme privatrechtlicher Rechtsgeschäfte, also namentlich nicht die Fähigkeit zur Vornahme von Erwerbs- und Verpflichtungsgeschäften (das commercium). Die Regel ging jedoch dahin, daß alles, was das Hauskind durch seinen Rechtsverkehr erwarb, ipso jure dem Vater zufiel.

Spätere Juristen haben dies oft so ausgedrückt, daß eine sogenannte unitas personae zwischen dem Vater und dem Kinde bestehe;[2]) es folgte daraus, daß das Kind mit dem Vater keinerlei Rechtsgeschäfte eingehen und als vermögenslos auch kein Testament machen konnte.

1. Das peculium profecticium: Der Vater pflegte jedoch dem erwachsenen Haussohne Vermögen zur eigenen selbständigen Verwaltung und Wirtschaft zu übergeben, und ein solches Vermögen

---

[1]) L. 5 § 3, l. 7 D. 9, 2.

[2]) L. 11 Cod. 6, 26.

wurde, wie bei Sklaven, peculium genannt.[1]) Aber auch dieses Vermögen blieb rechtlich nach wie vor Eigentum und ein Teil des Vermögens des Vaters. Er konnte es beliebig wieder einziehen, und, wenn er starb, fiel es ohne weiteres in sein Vermögen zurück. Ein selbständiges Recht daran erwarb der Sohn erst, wenn er emanzipiert wurde und der Vater es bei dieser Gelegenheit nicht zurücknahm; alsdann galt es als ihm geschenkt.[2]) Immerhin hatte das peculium einige Bedeutung für die Gläubiger des Sohnes; es haftete zwar nicht für dessen Delikte, ebensowenig durfte er etwas daraus verschenken;[3]) allein wer sonst dem Sohne Kredit gegeben hatte, konnte mit der actio de peculio die Bezahlung aus jenem faktischen Vermögen erlangen; indes durfte der Vater, wenn er das peculium den Gläubigern überlassen mußte, vorabziehen, was er selbst von dem Sohne zu fordern hatte, und zu dem Zwecke wurde ungeachtet der sogenannten unitas personae die Möglichkeit sogenannter naturales obligationes zwischen Vater und Sohn anerkannt.[4])

Einen besonderen Vorzug genossen hierbei jedoch die Handelsgläubiger. Wenn nämlich der Sohn mit dem peculium ein Handelsgeschäft betrieben hatte, so konnten sie verlangen, aus dem Handelsvermögen ganz vorweg befriedigt zu werden; der Vater durfte jetzt seine eigenen Forderungen nicht vorabziehen, mußte vielmehr das Vorhandene unter die Gläubiger gleichmäßig verteilen (actio de peculio tributoria).[5]) Ein von dem Vater oder Großvater stammendes peculium hieß peculium profecticium.

2. peculium castrense und quasi castrense: Eine eingreifende Ausnahme von der Vermögensunselbständigkeit der Haussöhne führten zuerst kaiserliche Konstitutionen ein in Ansehung alles dessen, was der Sohn als Soldat erwarb, sei es unmittelbar (Sold, Beute), sei es nur in Veranlassung des Kriegsdienstes (Erbschaft von Kameraden; nach besonderer Bestimmung Hadrians auch die Erb-

---

[1]) L. 5 §§ 3, 4 D. de peculio 15, 1. Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.

Peculium autem Tubero quidem sic definit, at Celsus libro VI Dig. refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde siquid domino debetur.

[2]) L. 31 § 2 D. 39, 3, l. 17 Cod. de. donat. 8, 54.

[3]) L. 3 § 11, § 12 D. de pec. 15, 1. L. 7 D. de donat. 39, 5.

[4]) L. 9, l. 11 pr. — 16 D. h. t. 15, 1.

[5]) § 3 J. 4, 7. Tit. Dig. de tribut. act. 14, 4.

schaft, die ihm seine Frau hinterläßt).[1]) Solches Vermögen heißt mit Rücksicht auf seinen militärischen Ursprung peculium castrense.

Zuerst verordnete Augustus, daß Haussöhne, solange sie dienten, über das, was sie im Kriege erwarben, ein Testament machen durften (vgl. pr. J. 2, 12 quibus non est permissum, test. facere). Aber bald ging man weiter; man gestattete dies auch noch nach der Entlassung; man betrachtete die Soldaten hinsichtlich jenes Vermögens überhaupt als patres familiae, so daß sie auch schon bei Lebzeiten völlig frei darüber verfügen durften. Nur in einer Beziehung fand noch eine Einschränkung statt; wenn der Haussohn ohne Testament verstarb, so zog der Vater das peculium castrense jure communi peculii ein; es fand also keine Intestaterbfolge statt.

Justinian führte für dieses peculium castrense auch die Jntestaterbfolge ein.[2])

3. peculium quasi castrense: Etwas später wurde dem peculium castrense gleichgestellt, was die Haussöhne als Staatsbeamte oder Advokaten oder auch als Geistliche (milites Christi) oder durch Geschenk von Regenten oder der Regentin erwarben. Man nannte dies peculium quasi castrense. Vgl. l. 37 pr. Cod. 3, 28; l. 34 Cod. 1, 3; l. 7 Cod. 6, 60.

4. Die bona adventicia regularia: Einen weiteren Schritt tat Konstantin; er verordnete, daß den Kindern das, was sie von ihrer Mutter erworben (bona adventicia) erhalten werden sollte (servari), so daß das Recht des Vaters sich auf Verwaltung und Nutzung beschränkte. Spätere Kaiser dehnten dies nach und nach auf allen Erwerb von mütterlichen Verwandten aus (bona materni generis).[3]) Justinian stellte schließlich die allgemeine Regel auf, daß überhaupt alles, was die Kinder von außen (extrinsecus) erwerben, abgesehen vom peculium castrense und quasi castrense ihnen zu Eigentum und dem Vater nur zur Verwaltung und zum Nießbrauch zufallen soll, mögen sie es nun durch Glück oder Verdienst, lukrativ oder oneros, inter vivos oder mortis causa erwerben; das alte Recht soll fortan nur noch bestehen bleiben hinsichtlich dessen, was die Kinder nicht extrinsecus, sondern aus dem Vermögen des Vaters erwerben. (L. 6 pr., l. 8 Cod. 6, 71).

Im einzelnen gilt für diese bona adventicia Folgendes: a) Wenn dem Kinde ein solcher Vermögenserwerb (Legat usw.) deferiert wird, so gilt mit Rücksicht auf das frühere Recht die Delation stets als

---

[1]) L. 13, l. 16 D. 49, 17,

[2]) Nov. 118 c. 2 i. f.

[3]) L. 1, 2 Cod. 6, 60.

an den Vater zugleich miterfolgt; der Vater muß es annehmen und das Kind dabei zustimmen unter Vorbehalt der restitutio in integrum (vgl. Bd. I S. 259 f.) für das Kind; will das Kind nicht zustimmen, sondern schlägt es den Erwerb aus, so hat der Vater noch, wie früher, das Recht, es zu vollem Eigentum für sich allein zu erwerben; lehnt umgekehrt der Vater den Erwerb ab, so kann das Kind ihn für sich allein machen und ist alsdann unabhängig von dem Nießbrauch und der Verwaltung des Vaters.[1])

a) Das Nießbrauchsrecht des Vaters ist frei von den gewöhnlichen Grenzen des Nießbrauchs. Der Vater ist nämlich unbeschränkt in der Art und Weise der Nutzung (quam plenissima rerum gubernatio). Er kann während der Dauer des Nießbrauchs nicht zur Rechenschaft gezogen werden, braucht auch keine cautio usufructuaria zu bestellen; indessen darf er von der Substanz nichts veräußern, außer sofern die gewöhnliche Verwaltung dies erfordert. Er soll auch bei Prozessen die Zustimmung der mündigen und anwesenden Kinder einholen und nach beendetem Nießbrauch haftet er für omnis culpa.[2])

b) Den Kindern ist zwar das Eigentum an dem Vermögen vorbehalten, aber sie werden hinsichtlich desselben gegenüber dem Vater doch noch keineswegs als persönlich selbständig angesehen; sie können mit ihm auch keine rechtsgültigen Verträge über die b. a. schließen, sondern überläßt er ihnen etwas von seinem Nießbrauch, z. B. Früchte, so kann er es immer noch zurücknehmen; sie können auch kein Testament über dieses Gut machen, sondern nach ihrem Tode tritt die gewöhnliche Intestaterbfolge ein.

c) Der Nießbrauch erlischt mit der Beendigung der väterlichen Gewalt; wenn der Vater das Kind freiwillig emanzipiert, soll er jedoch als praemia emancipationis die Hälfte des Nießbrauchs behalten (l. 6 § 3 Cod. [6, 61]). Beim Tode des Kindes erlischt der Nießbrauch des Vaters nur, wenn er es, sei es allein oder mit seinen Geschwistern zusammen beerbt, gegenüber den Deszendenten des Kindes besteht er fort bis zum eigenen Tode.[3])

5. Die bona adventicia irregularia: Für einige Fälle, in denen an sich der Erwerb des Kindes zu den bona adventicia

[1]) L. 6 § 2, l. 8 §§ 4, 5 Cod. 6, 61.
[2]) L. 8 § 3 Cod. 6, 61; l. 1 Cod. 6, 60.
[3]) L. 3 Cod. c. f.; l. 4, l. 6 § 7 Cod. h. t. 6, 61. Nov. 118 c. 1, 2.

gehören würde, bestimmt Justinian, daß dem Vater der Nießbrauch entzogen sein soll (bona adventicia irregularia oder extraordinaria), nämlich: a) wenn der Erwerb vom Kinde gegen den Willen des Vaters gemacht ist (l. 8 pr. § 1 C. 6, 61), b) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas zugewandt ist, z. B. durch Vermächtnis, mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß der Vater keinen Nießbrauch haben soll (Nov. 117 c. 1); c) wenn der Vater mit dem Kinde zusammen dessen Geschwister beerbt hinsichtlich des Erbteils des Kindes (Nov. 118 c. 2).

Quellenstellen: § 2. J. de patria potestate (1. 9): Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum. Nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. § 10. J. de adoptionibus (1. 11). Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent. L. 9 de his, qui sui (1. 6). Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur. L. 3. C. de patria potestate (8. 47). Si filiusfamilias in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriae potestatis non prohiberis, acriore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris. L. 2. pr. de contrahenda emtione (18. 1). Inter patrem et filium contrahi emtio non potest; sed de rebus castrensibus potest. Ulp. Fr. XIX. § 18. Adquiritur nobis etiam per eas personas, quas in potestate manu mancipiove habemus. Itaque, si quid mancipio puta acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. L. 5 § 3. de peculio (15. 1). Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum. L. 11. de castrensi peculio (49. 17). Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisivit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium ejus castrense non est.

Auch nach der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland blieb das Prinzip der Unselbständigkeit des Vermögens der Hauskinder im wesentlichen mit der Justinianischen Abschwächuug bestehen. Was die Kinder ex substantia patris erwarben, erwarben sie mit Notwendigkeit dem Vater; Verträge zwischen Vater und Kind waren ungültig. Gewohnheitsrechtlich aber wurden die durch keine Altersgrenze des Kindes begrenzten Wirkungen der p. p. — es gab auch noch in Ländern des gemeinen Rechts Haussöhne mit grauen Bärten — tatsächlich stark durchbrochen durch die deutschrechtliche sogenannte emancipatio Saxonica. Augenscheinlich hängt dieses gewohnheitsrechtliche Institut zusammen mit der deutschrechtlichen Auffassung der väterlichen Gewalt als einer bloßen Schutzgewalt (mundium) im Interesse des Kindes. Das Kind galt als „emanzipiert“ d. h. aus der väterlichen Gewalt entlassen, sobald es sich im wesentlichen durch eigene Kraft und Mittel eine selbständige bürgerliche Existenz gründen konnte und dauernd die Absicht dazu durch Trennung vom elterlichen Hauswesen vollzog (separata oeconomia). Ferner erlosch die väterliche Gewalt ipso jure durch Verheiratung der Tochter. Das heutige BGB. kennt keine

eigentlich väterliche, sondern nur eine sogenannte elterliche Gewalt, deren Ausübung freilich in erster Linie dem Vater zukommt. Sie wird als bloße Schutzgewalt aufgefaßt und erlischt mit der Volljährigkeit des Kindes. BGB. § 1626. (Sie steht nach dem Vater auch der Mutter zu, nach BGB. §§ 1684 ff.)

Wegen der Verwaltung und Nutznießung von Kindesvermögen vgl. BGB. §§ 1639 ff., 1649, 1652—1653.

Im Schweizer Zivilgesetzbuch vgl. über die elterliche Gewalt Art. 274 ff., über Verwaltung und Nutzung Art. 292 ff. Das Schweizer Zivilgesetzbuch kennt außerdem noch eine sogenannte Hausgewalt, vgl. Art. 331 ff.

Literatur: zu II. Mandry, Ueber Begriff und Wesen des Pekuliums 1869; derselbe, Das gemeine Familiengüterrecht 1871; Fitting, Das castrense peculium 1871; Pernice, Sav.-Zeitschr. 5, 22; Zirndorffer, dasselbe 20, 33; Voigt, Rechtsgeschichte 2, 566.

§ 20. Haftung des Hausvaters aus Handlungen der Hauskinder. (actiones adjecticiae qualitatis.)

Wie schon oben (S. 48 f.) bemerkt worden ist, wird die Handlungsfähigkeit der Hauskinder durch die väterliche Gewalt nicht berührt; sowohl Rechtsgeschäfte als auch Delikte des Hauskindes erzeugen zunächst nur Verpflichtungen des Hauskindes selbst, nicht des Hausvaters.[1])

1. Gleichwohl wurde aus Rechtsgeschäften des Hauskindes unter gewissen Umständen auch gegen den Vater die Klage zugelassen, da er ja den Erwerb des Hauskindes und insofern die Befriedigungsmittel für dessen Schulden in seinem Vermögen hatte. Die zu diesen sogenannten actiones adjecticiae qualitatis gehörige actio de peculio und tributoria ist oben S. 105 genannt.

2. Hierzu trat aber noch eine sogenannte actio quod jussu. Man verstand unter jussus eine einseitige Willenserklärung des Vaters oder seines Stellvertreters, die den Haussohn zu einem einzelnen Geschäft oder zu einer ganzen Reihe von Geschäften generell ermächtigt. (Auch nachträgliche Genehmigung genügte.) Um wirksam zu sein, brauchte der jussus dem dritten Kontrahenten nicht bekannt zu sein. Wenn ein gültiger jussus vorlag, so haftete der Hausvater aus dem negotium des Hauskindes ganz in derselben Weise und in demselben Umfange, wie dieses (also in solidum, nicht bloß mit dem peculium).[2])

---

[1]) l. 141 § 2 D. 45, 1; l. 57 pr. D. 5, 1; l. 39 D. 44, 7.

[2]) L. 1 pr. D. quod jussu 15, 4.

3. Der Vater haftete, soweit sein Vermögen (abgesehen vom peculium) durch das Geschäft bereichert worden war (versio in patrimonium). [1])

4. Aus Delikten des Hauskindes konnte der Hausvater ursprünglich mit der sogenannten Noxalklage, die auf dem Rechtsgedanken der Privatrache beruht, dahin belangt werden, entweder das Wehrgeld zu leisten oder den Täter auszuliefern, noxae deditio (ebenso wie bei Delikten der Sklaven oder Schädigungen durch Haustiere). Die noxae deditio vollzog sich durch Manzipation. Später betrachtete man den Schuldigen nicht mehr als einen der Rache des Verletzten ausgelieferten Beleidiger, sondern als einen zahlungsunfähigen Schuldner, der dem Gläubiger ausgeliefert wurde, um ihn durch seine Arbeit zu befriedigen. Sobald die Schuld abgetragen war, konnte Freilassung begehrt werden. Vgl. Papinian, Coll. 2, 3, 1. Justinian hat die noxae deditio für Hauskinder aufgehoben. Vgl. § 3 J. de N. A. 4, 8. Eine Haftung des Hausvaters aus unerlaubten Handlungen der Hauskinder beschränkt sich seitdem auf das peculium oder setzt voraus, daß der Vater um das Delikt gewußt hat und dessen Begehung in schuldhafter Weise nicht verhindert hat; in letzterem Falle haftet er nicht mit einer adjecticischen Klage, sondern als Mitschuldiger solidarisch.[2])

§ 21. Künstliche Begründung der väterlichen Gewalt. Legitimation. Adoption. Endigung der väterlichen Gewalt (Emanzipation).

I. Legitimation: Schon nach klassischem Recht konnte ein römischer Bürger, der mit einer Latina oder peregrina, die er irrigerweise für eine civis gehalten hatte, das ex non justis nuptiis erzeugte Kind (S. 85 oben) durch die sogenannte erroris causae probatio seiner väterlichen Gewalt unterwerfen und ihm dadurch die Legitimität und das Bürgerrecht verschaffen. (Gajus I, 66—75, II, 142 ff.). Seit der christlichen Kaiserzeit aber konnten überhaupt sogenannte liberi naturales die Stellung der aus gültigen Ehen entsprossenen Kinder (Legitimation) erlangen: a) per subsequens matrimonium; b) falls die Eheschließung mit der Konkubine nicht tunlich und sonstige eheliche Abkömmlinge nicht vorhanden waren, per rescriptum principis; c) per curiae oblationem d. h. Einordnung des

[1]) L. 1 pr. D. 15, 3. § 4 J. 4, 7.

[2]) L. 2 § 1, l. 3, l. 4 D. de n. a. 9, 4.

filius naturalis in die Kurie oder Verheiratung der filia naturalis an einen Dekurio (vgl. dazu Bd. I S. 342 Anm. 1).

II. Adoption: Schon die Notwendigkeit für die Fortsetzung des Manenkults zu sorgen (vgl. Bd. I S. 47 ff.) führte im urgeschichtlichen Zeitalter zur Gestaltung einer künstlichen Aufnahme in den Familienverband und Begründung der väterlichen Gewalt im Wege der Adoption. (Vgl. Fustel de Coulanges, La cité antique I, c. 1. c. 60). Diese ursprüngliche Adoption erfolgte ausschließlich intuitu mortis und zur Begründung eines Erbrechts. Später wurde sie auch benutzt, um gewisse öffentlich-rechtliche Wirkungen zu erzielen, z. B. um Latinern das Bürgerrecht zu verschaffen, um Plebejer zu Patriziern oder Patrizier zu Plebejern zu machen (Clodius), ferner in der Kaiserzeit, um die Uebertragung des Prinzipats vorzubereiten. Man hat eine Adoption im weiteren Sinne und sodann neben der Adoption im engeren Sinne die Arrogation zu unterscheiden. Im weiteren Sinne erscheint die Adoption als derjenige Rechtsakt, durch welchen zwischen zwei Personen ein von Natur nicht vorhandenes Eltern- und Kindesverhältnis hergestellt wird.

1. Adoption im engeren Sinne ist Erwerb des Vaterrechts gegenüber einem unter väterlicher Gewalt stehenden Kinde (alieni juris) durch Begründung seitens des bisherigen pater familias. Sie ist entweder: a) adoptio plena, wenn sie die väterliche Gewalt und mit ihr volles Eltern- und Kindesverhältnis begründet, also das bisherige Familienband zerstört (detestatio sacrorum), oder b) adoptio minus plena, wenn sie die bisherige patria potestas bestehen läßt und nur einzelne aus der Vaterschaft entspringende Rechte auf den Adoptivvater überträgt.

2. Dagegen heißt Arrogation der Erwerb der Vaterrechte seitens eines Mannes gegenüber einer Person, die nicht unter väterlicher Gewalt steht (sui juris); auch sie kann, je nachdem väterliche Gewalt begründet wird oder nicht, arrogatio plena oder minus plena sein.

Jede Adoption war mit Rücksicht auf ihre öffentlich-rechtlichen Wirkungen ein öffentlicher Rechtsakt. Bei der Arrogation aber beteiligte sich die öffentliche Gewalt aktiv; sie war es, die die Arrogation verwirklichte. Die Arrogation war, wie das älteste Testament, ein Sondergesetz, das eine Ausnahme vom allgemeinen Familienrechte schuf und nach einer Voruntersuchung (causae cognitio) durch den pontifex maximus von den Kuriatkonzilien be-

schlossen werden mußte. Theoretisch erhielt sich diese zu einer bloßen Formalität verblaßte republikanische Form bis auf Diokletian, der an ihrer Stelle die Arrogation per rescriptum principis einführte (vgl. Bd. I S. 55, 135, 327 f.). Bei der Adoption im engeren Sinne wirkte die öffentliche Gewalt nur als Aufsichtsbehörde, sie geschah imperio magistratus. Zur Adoption eines Sohnes waren im Zivilrecht in Anknüpfung an einen Satz der XII Tafeln, daß dreimaliger Verkauf des Sohnes in die Knechtschaft den Untergang der väterlichen Gewalt herbeiführe, drei Manzipationen desselben durch den Vater, zwei entsprechende Manumissionen und dann erfolgende vindicatio in potestatem seitens des Adoptierenden erforderlich; bei Töchtern und Enkeln genügte eine Manzipation und die vindicatio in potestatem. Im System der jus gentium trat an Stelle dieser umständlichen Formen die Erklärung zu Protokoll vor der zuständigen Behörde in Gegenwart und unter Uebereinstimmung der Beteiligten.

Als allgemeines Erfordernis jeder Adoption galt der Grundsatz, daß der Adoptierende um mindestens 18 Jahre (sogenannte plena pubertas) älter sein müsse, als das Adoptivkind, quia adoptio naturam imitatur. Zulässig war auch die Adoption eines anderen als Enkel unter Zustimmung des eigenen Sohnes; in diesem Falle mußte der Natur entsprechend die plena pubertas d. h. ein höheres Alter von wenigstens 18 Jahren für jeden Grad der Deszendenz berechnet werden.[1]) Im übrigen soll die Adoption regelmäßig nur genehmigt werden, wenn der Adoptierende selbst keine Kinder hat und nicht mehr erwarten darf; er braucht nicht verheiratet zu sein oder verheiratet gewesen zu sein, darf aber kein Kastrat sein.

Seit dem dritten Jahrhundert ist auch Frauen die Adoption durch rescriptum principis gestattet, wodurch jedoch nur das mütterliche Verhältnis zum adrogatus, nicht ein Eintritt in die Familie und adgnatio der Adroganten begründet wird.[2])

III. Endigung der väterlichen Gewalt: Selbstverständlich endet die väterliche Gewalt durch den Tod des Gewalthabers oder des Hauskindes, dem übrigens jede capitis deminutio, auch c. d. minima gleichsteht (vgl. Bd. I S. 130).

Nach altem Rechte befreite aber auch die Priesterschaft der Vestalin und des flamen Dialis ohne capitis deminutio von väter-

[1]) §§ 1, 5 J. h. t., l. 37 D. h. t. 1, 7.
[2]) § 10 J. h. t.

licher Gewalt, nach justinianischem Recht der Patriziat (Würde eines Patricius), die Würde eines Konsuls, eines praefectus praetorio, eines praefectus urbi, eines magister militum und eines Bischofs. (§ 4 J. h. t.). Endlich konnte nach justinianischem Rechte die väterliche Gewalt durch gewisse Vergehen des Vaters verwirkt werden (Aussetzung, Hingabe der Tochter zur Prostitution, Inzest).[1])

Eine freiwillige Entlassung aus der väterlichen Gewalt heißt Emanzipation. Da diese mit dem Austritt aus der Kultusgemeinschaft der Familie verbunden war (vgl. Fustel de Coulanges, la cité antique p. 57, sacrorum detestatio), also auch Verlust des Erbrechts bedeutete, so nimmt Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (p. 209) wohl mit Recht an, daß sie anfänglich nur als Strafe zur Anwendung kam, als Mittel der Enterbung. Erst später wurde sie auch benutzt, um lediglich die Unabhängigkeit des Kindes zu bewirken, also unter Umständen auf Wunsch des Kindes und um ihm eine Gunst zu erweisen. Die älteste Form der Emanzipation war, wie bei der Adoption (S. 111 oben) die eines dreimaligen Scheinverkaufs in die Knechtschaft (mancipatio, remancipatio, manumissio) ohne nachfolgende vindicatio. In der Kaiserzeit setzte Anastasius an Stelle dieses umständlichen Verfahrens die Emanzipation durch kaiserliches Reskript (emancipatio Anastasiana), Justinian endlich einfache Erklärung vor Gericht (emancipatio Justiniana). Da jetzt die Emanzipation, die auch ausdrücklich unter Aufrechterhaltung der agnatischen Rechte erfolgen konnte, als Gunsterweisung aufgefaßt wurde, so konnte sie wegen Undankes widerrufen werden.[2]) Wegen der gemeinrechtlichen emancipatio Saxonica vgl. oben S. 108.

Quellen und Literatur: Zu II, 2 vgl. Gell. Noct. Att. V. 19. Sed arrogationes non temere nec inexplorate committuntur. Nam comitia arbitris pontificibus praebentur, quae curiata appellantur, aetas quoque ejus, qui arrogare vult, an liberis potius gignendis idonea sit, bonaque ejus, qui arrogatur, ne insidiose appetita sint, consideratur, jusquejurandum a Q. Mucio, pontifice maximo, con ceptum dicitur, quod in arrogando juraretur. Sed arrogari non potest, nisi jam vesticeps. Arrogatio autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit. Ejus rogationis verba haec sunt: velitis jubeatis (Quirites), uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita dixi, ita vos, Quirites, rogo.

Zu I vgl. Wolf, Legitimatio per subsequens matrimonium 1881; vgl. ferner überhaupt Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 79, 242; zu II und III. Cor-

[1]) L. 52 Cod. 8, 51, Nov. 12 c. 2

[2]) L. 1 Cod. 8, 49 (50) de ingr. lib.

nil, Contribution à l'étude de la patria potestas 1879; Desserteaux, Etude sur l'effet de l'adrogation 1892; Leonhard in Paulys Realenzyklopädie I, 398, 419.

Stockar, Ueber die Entziehung der väterlichen Gewalt, 1903.

Als ältestes Beispiel einer Emanzipation wird von Livius (VII, 16) die des Sohnes des Licinius Stolo zur Umgehung des Ackergesetzes erwähnt.

Ein mittelalterlicher Denkvers über die Gründe der Verwirkung der väterlichen Gewalt lautet:

Si genitor saevus sit prostituatve pudorem
Natae, aut pupillo forsan damnosus adoptet
Legatum aut nummos capiat si hac condicione,
Invito solvi poterit genitore potestas.

Heutiges Recht: Vgl. im BGB. § 1680; Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 285.

Kapitel III.

Die Rechte der Verwandtschaft. Das Vormundschaftsrecht.

§ 22. Die Verwandtenkreise.

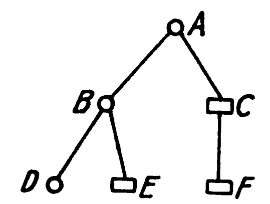
I. Während die Familie eine gesellschaftliche und eine rechtliche Einheit bildet, die ursprünglich (Bd. I S. 50 f.) auf Haus- und Kultusgemeinschaft beruhte, ist Verwandtschaft nichts anderes als ein durch Geschlechtsgemeinschaft und Zeugung und Geburt vermitteltes Verhältnis, das rechtliche Wirkungen haben kann. Man unterscheidet zunächst Blutsverwandtschaft (cognatio) und Schwägerschaft (affinitas).

A. Innerhalb der Blutsverwandtschaft (cognatio) hatte ursprünglich nur die Agnation rechtliche Bedeutung d. h. die durch den Mannesstamm (durch Zeugung) vermittelte (Bd. I S. 51). Erst allmählich gelangte die Kognation als solche im Privatrecht zur Anerkennung, bis schließlich die Justinianische Gesetzgebung das agnatische Verwandtschaftsprinzip fast ganz beseitigte. (Da soweit die Agnation reicht, immer Kognation besteht, so ist es m. E. irreführend, im Gegensatz zur Agnation von einer cognatio im engeren Sinne zu sprechen, wie dies viele Schriftsteller tun). Im Gegensatze zur Agnation ist es für die Feststellung der bloßen Blutsverwandtschaft (Kognation) gleichgültig, ob die Abstammung durch Zeugung (Mann) oder bloß durch Geburt (Weib) vermittelt wird; doch muß sie, sofern Zeugung in Betracht kommt, eine eheliche

sein, um rechtliche Wirkungen zu haben, während bei der durch das Weib vermittelten Verwandtschaft eheliche und uneheliche Kinder gleichgestellt werden.

Man unterscheidet bei der Blutsverwandtschaft 1. die gerade Linie, die linea recta, auf der alle Personen stehen, von denen die den Beziehungspunkt bildende Person abstammt und die von ihr abstammen, und spricht hierbei, je nachdem man diese Linie nach aufwärts oder nach abwärts verfolgt, von einem ordo superior oder inferior, von auf- oder absteigender Linie, und demgemäß von Aszendenten (Vorfahren) einerseits und Deszendenten (Abkömmlingen) andrerseits.

2. Die Seitenlinie (linea transversa, cognatio ex latere), auf der alle Personen stehen, die von einer dritten Person abstammen und nicht in gerader Linie verwandt sind, Seitenverwandte (Kollateralen).



B (Sohn), *C* (Tochter), *D*, *E*, *F* (Enkel bzw. Enkelinnen) sind Deszendenten, Abkömmlinge von *A*, *B* und *C* unter sich, *D*, *E*, *F* unter sich dagegen nur Seitenverwandte (Kollateralen).

Die Nähe der Verwandtschaft wird nach Graden bemessen und zwar nach dem Grundsatz: quot generationes tot gradus d. h. man zählt die einzelnen Zeugungen ab, welche die Verwandtschaft ermitteln, und deren Anzahl ergibt dann den Grad, in dem die in Frage kommenden Personen untereinander verwandt sind.

Da die Zahl der Zeugungen in jeder Stammbaumzeichnung durch einen geraden Strich dargestellt wird, so ergibt sich aus vorstehender Zeichnung, daß z. B. *D* mit *B* (Vater) im ersten, mit *A* (Großvater) und *E* (Schwester) im zweiten, mit *C* (Tante) im dritten, mit *F* (Cousine) im vierten Grade blutsverwandt ist.

Unter den Seitenverwandten sind hervorzuheben:

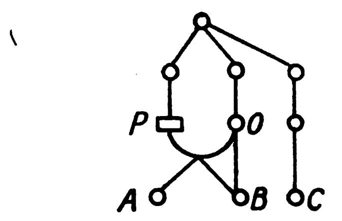
a) Die Geschwister: bei ihnen ist der Unterschied zwischen Vollbürtigkeit und Halbbürtigkeit erheblich, vollbürtig sind die Geschwister, die von einem und demselben Elternpaare ab-

stammen, ex utroque latere conjuncti (frater bilateralis); halbbürtige Geschwister sind dies entweder durch den Vater (eodem patre conjuncti, consanguinei) oder durch die Mutter (uterini).

b) Personen, die im sogenannten respectus parentelae zueinander stehen d. h. deren eine von dem gemeinsamen Stammhalter unmittelbar abstammt, während die andere von ihm entfernter ist (Großvater und Enkel, Oheim und Neffe). Vgl. § 5 J. I, 10.

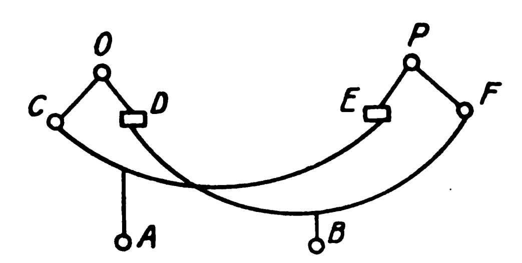
Augenscheinlich kann infolge von Heiraten innerhalb der Verwandtschaft auch eine mehrfache Verwandtschaft vorkommen:

a) Durch Abstammung von unter sich verwandten Eltern:



A und B sind hier als Brüder im zweiten Grade, außerdem noch als Vettern im sechsten Grade verwandt, weil ihre Eltern P und O als Vetter und Cousine im 4. Grade unter sich verwandt sind.

b) Durch Abstammung aus Ehen mehrerer unter sich verwandter Personen mit anderen unter sich verwandten Personen.



Zwei Geschwister, C, D einerseits heiraten zwei Geschwister E, F andrerseits. A ist hier mit B sowohl durch O, wie auch durch P im vierten Grade verwandt.

Die rechtliche Grundlage der Agnation, des einzigen Verwandtenkreises, der für das ältere Recht Bedeutung hatte, bildete übrigens nicht die Zeugung, sondern die patria potestas. Agnaten sind nämlich sowohl diejenigen Personen, welche untereinander durch eine noch bestehende patria potestas verknüpft sind, als auch diejenigen,

welche in der Gewalt desselben pater familias stehen würden, falls dieser noch am Leben wäre.

B. Schwägerschaft (affinitas). Im römischen Recht verstand man darunter nur das Verhältnis des einen Ehegatten zu den Blutsverwandten des anderen (§ 8 J. I, 10) und bezeichnete die affines mit besonderen Namen ohne allgemeine Einteilung (socer, socrus, noverca, privignus, privigna), heutzutage dagegen wird allgemein nach dem Grundsatze des kanonischen Rechts angenommen, daß der eine Ehegatte mit den Blutsverwandten des anderen in demselben Grade verschwägert ist, in dem letzterer mit dem anderen verwandt sind. (Nach kanonischem Recht entsteht Schwägerschaft nicht nur durch Ehe, sondern durch jede Geschlechtsverbindung [concubitus] und damit hängt zusammen, daß die Schwägerschaft durch die Auflösung der Ehe nicht aufhört, was nach römischem Rechte der Fall war; ja man dehnte sie als Schwägerschaft zweiten Grades [quasi affinitas] aus auf die affines des anderen Ehegatten und auf die Ehegatten des letzteren).

II. Die wichtigsten Rechtsfolgen der Verwandtschaft liegen im Gebiete des Erbrechts, ferner im Vormundschaftsrecht. Außerdem sind zu merken: a) die durch Blutsverwandtschaft begründeten Ehehindernisse (s. oben S. 85), b) die Befreiung von der Zeugnispflicht; sie bestand gemeinrechtlich für die ersten sechs Grade der Kognation; c) die Alimentations- und Dotationspflichten (s. oben S. 90 ff.).

§ 23. **Die Vormundschaft, insbesondere die Altersvormundschaft.**

1. Allgemeine Entwicklung der Vormundschaft, tutela und cura: Die Vormundschaft des ältesten römischen Rechts hatte einen rein familienrechtlichen Charakter. Sie wurde anfänglich als ein der patria potestas analoges, freilich auf fides gegründetes und im Interesse des Mündels auszuübendes Gewaltverhältnis aufgefaßt,[1]) erst allmählich wurde sie eine allgemeine lediglich dem Schutzbedürfnis dienende Last (munus publicum), eine von jedem zu übernehmende Bürgepflicht unter Aufsicht der hier (extra ordinem) eingreifenden Staatsbehörden. Es bildeten sich jetzt

[1]) L. 1 pr. de tutelis (26. 1). Tutela est, ut Servius definit, vis (jus?) ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

zwei Arten der Vormundschaft im weiteren Sinne aus; die eigentliche Vormundschaft (tutela) und die cura (Pflegschaft).

Unter tutela standen nur die Unmündigen und, solange die Geschlechtstutel sich erhielt (Bd. I S. 268), die tutela muliebris s. sexus. Jede andere Vormundschaft ist cura, sowohl die seit der lex Plaetoria und noch mehr seit Mark Aurel (s. oben S. 52, 102 f.) regelmäßige über Minderjährige als auch die von den XII Tafeln über den furiosus angeordnete und diejenige über den gerichtlich erklärten Verschwender, die der Zensor anordnete, sowie für gebrechliche Personen (cura debilium). Vgl. § 24,

Die Personen, die unter tutela standen, waren nach der Grundauffassung des römischen Rechts zwar handlungsfähig, aber nicht voll handlungsfähig und dementsprechend bestand die Aufgabe des Vormunds nicht in einer (gesetzlichen) Stellvertretung, wie heutzutage, sondern in einer bloßen Ergänzung der Handlungsfähigkeit, d. h. in der gegenwärtigen Beihilfe oder Mitwirkung zum Abschluß von Rechtsgeschäften (auctoritatis interpositio); der Vormund gewährleistet durch seine Mitwirkung das Geschäft (auctor fit); das Geschäft gilt aber als vom Mündel selbst abgeschlossen.

Dagegen waren die Personen, für welche die cura ursprünglich eingeführt wurde (furiosus, prodigus) gar nicht handlungsfähig, bei ihnen handelte es sich also um ein Vertreterverhältnis. Diese Auffassung stieß sich nicht daran, daß einerseits auch ein Teil der Pupillen regelmäßig handlungsunfähig ist; sie hatte lediglich den ganzen Zeitraum und die Regel im Auge; — und daß andrerseits ausnahmsweise auch für den impubes Kuratoren bestellt werden konnten, — es handelte sich dann um einen Ersatz des tutors in der bloßen Vermögensverwaltung und nicht um auctoritatis interpositio.

Der Unterschied mußte aber seine praktische Bedeutung verlieren, als seit der lex Plaetoria auch die an sich vollkommen handlungsfähigen minores einen Kurator erhalten konnten. Gleichwohl hielt man auch jetzt für die Altersvormundschaft daran fest, daß die Mitwirkung, der consensus des Kurators nur die Bedeutung habe, daß der Kurator vom Standpunkte der Vermögensverwaltung aus gegen die in Frage kommende Handlung nichts einzuwenden habe, während der Vormund im eigentlichen Sinne mitwirken müsse durch auctoritatis interpositio. Auch Justinian hat an dieser rein formellen Unterscheidung noch festgehalten. Sie ist erst im ge-

meinen Recht durch die Reichs-Polizei-Ordnung von 1577 Tit. 32 beseitigt worden.

2. Die Berufung zur Vormundschaft. Voraussetzung für die Berufung zur Vormundschaft ist im allgemeinen die Fähigkeit zur Vormundschaft. Unfähig sind nach römischem Recht: Sklaven, Nichtbürger und Frauen (ausgenommen Mutter und Großmutter für die Dauer ihres Witwenstandes), ferner Personen, die selbst der Vormundschaft bedürfen (§ 13 J. de exc. tut. I, 25).

Zu unterscheiden von der Unfähigkeit ist die Untauglichkeit, die gesetzlich nicht begrenzt war. Im Falle der Untauglichkeit wurde die Vormundschaft de jure gültig deferiert, gleichwohl aber auf Grund eines besonderen Verfahrens, wie bei der freiwilligen Ablehnung (excusatio) ein anderer Vormund (tutor dativus, vgl. unten zu c) ernannt; man sprach deshalb bei Untauglichkeit von einer excusatio necessaria. (Stumme, Taube, Soldaten, Mönche, Bischöfe, Gläubiger und Schuldner des Mündels).

Die Voraussetzungen, unter denen eine einzelne Person zur Uebernahme einer bestimmten Vormundschaft berechtigt und verpflichtet ist (Delationsgründe) liegen entweder im Gesetz (tutela legitima) oder einem Testament (tutela testamentaria) oder im Willen der obervormundschaftlichen Behörde (tutela dativa im engeren Sinne).

a) Tutela testamentaria: Während im ältesten Recht, das, wie wir im III. Buche sehen werden, noch kein Testament kannte, ausschließlich der nächste Agnat und, wenn Agnaten nicht mehr vorhanden waren, der nächste gentilis (Bd. I S. 60) das Recht der Vormundschaft hatte, nahm seit dem nach herrschender Anschauung durch die XII Tafeln eingeführten Grundsatze der Vorherrschaft des Testaments (Uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto) in der Reihenfolge der Berufungsgründe das Testament die erste Stelle ein. Man nannte im klassischen Rechte die durch Testament ernannten Vormünder tutores dativi.

b) Gesetzliche Berufung (tutela legitima) trat im klassischen Recht erst ein, wenn entweder keine letztwillige Ernennung vorlag oder deren Wirksamkeit durch Nichteintritt einer ihr hinzugefügten Bedingung oder Ablauf einer Befristung ausgeschlossen war oder der letztwillig ernannte Vormund starb. Berufen wurden alsdann die nächsten männlichen Verwandten in der Ordnung, in der sie auch zur Erbschaft berufen wurden; doch hatten der Vater und Großvater den Vorrang vor Geschwistern und Geschwisterkindern.

c) Obrigkeitliche Berufung (tutela dativa im engeren Sinne) trat ein: α) wenn weder eine letztwillige noch eine gesetzliche Berufung vorlag; β) wenn der letztwillig oder gesetzlich berufene Vormund die Vormundschaft ablehnte oder zur Verwaltung untauglich war oder abgesetzt wurde; γ) im Falle des Todes des Berufenen nur beim Mangel einer gesetzlich zu berufenden Person. In der Stadt Rom hatte der praetor urbanus, in den Provinzen der praeses provinciae die Vormünder zu bestellen. Nach der lex Atilia (im 3. Jahrhundert v. Chr.) mußte der Prätor bei dieser Ausübung seines imperium die Mehrzahl der Volkstribunen als consilium hinzuziehen (tutor Atilianus);[1]) in den Provinzen war die Bestellung der Vormünder durch die leges Julia et Titia (tutor Julianus et Titianus) geordnet. In der späteren Kaiserzeit wurde die obrigkeitliche Bestellung der Vormünder noch durch verschiedene Senatsbeschlüsse und kaiserliche Konstitutionen geregelt und an verschiedene Behörden übertragen, z. B. an die Konsuln, in Konstantinopel an einen besonderen praetor tutelaris, auch in Rom, und an den praefectus urbi, andrerseits an die Munizipalmagistrate (Lex municip. Salpens. c. 29) und die defensores civitatum.

Regelmäßig wurden diese Behörden nicht ex officio tätig, sondern nur ex petito; die nächsten Intestaterben des Mündels. Die Mütter und Großmütter waren bei Vermeidung des Verlustes der künftigen Erbansprüche und der Schadensersatzpflicht dazu verpflichtet; berechtigt war zur postulatio aber auch quivis ex populo. Wenn nicht besondere Ablehnungsgründe (Exkusationsgründe)[2]) vorlagen, war der Berufene zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet und hatte das sogenannte periculum cessationis, d. h. die Gefahr der Versäumnis zu tragen.

3. Die Verwaltung der Vormundschaft. (Administration, gestio tutelae): Anfangs hatten die Vormünder in Nachwirkung der ursprünglichen Auffassung ihres Amts als einer potestas die freieste Verfügung über das Vermögen des Mündels und waren nur auf ihre eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen und

---

[1]) Pr. I. de Atiliano tutore (1. 20). Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem Romae a praetore urbano et majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Julia et Titia.

[2]) Vgl. wegen dieser Exkusationsgründe die ausführliche Darstellung bei Puchta, Pandekten §§ 340—342.

ihr Gewissen angewiesen. Nur Schenkungen waren verboten. Erst die Kaiserzeit führte Beschränkungen ein und stellte sie unter obervormundschaftliche Aufsicht der Behörden. Eine oratio Septimii Severi et Caracallae vom Jahre 195 n. Chr. forderte zuerst ein besonderes obrigkeitliches decretum für die Veräußerung etwaiger dem Mündel gehöriger praedia rustica und suburbana, und Konstantin dehnte diese Vorschrift auf alle Sachen des Mündels aus mit Ausnahme solcher, die sonst verderben würden, sowie von Luxussachen und abgetragenen Kleidern; Justinian erlaubte wieder die Veräußerung von Früchten ohne obrigkeitliche Genehmigung, forderte solche aber auch zum Ausleihen von Kapitalien und zur Empfangnahme der Rückzahlung solcher und sogar zur Einziehung rückständiger Zinsen, wenn deren Betrag die Summe von 100 aurei überschritt. Formell fand die gestio im Namen des Vormunds statt, so daß zunächst (nach dem Prinzip der indirekten Stellvertretung) der Vormund selbst aus allen Geschäften berechtigt und verpflichtet und erst im judicium tutelae Recht und Schuld auf den Mündel übergeleitet wurde. Mit der allmählichen Zulassung des Prinzips der direkten Stellvertretung (s. oben S. 56 ff.) wurde diese Auffassung zunächst in der Richtung auf Erwerb von Besitz und Eigentum beseitigt; der Mündel erhielt, wenn der Erwerb einer Sache mit seinem Gelde erfolgt war, auch wenn der Vormund nicht in seinem Namen handelte, eine reivindicatio utilis.[1]) Nachdem im gemeinen Rechte die direkte Stellvertretung grundsätzlich zugelassen worden war, haftete der Vormund dem dritten gegenüber aus seiner gestio nur noch unter folgenden Bedingungen:

a) wenn er als Selbstkontrahent eingetreten war;
b) wenn er auf Verlangen ausdrücklich die Haftung übernommen hatte;
c) wenn er sich eines dolus schuldig machte, in welchem Falle der Mündel nur für die Bereicherung aufkam.[2])

Für eine und dieselbe Vormundschaft konnten auch mehrere Vormünder berufen werden. Im Zweifel hatte dann jeder einzelne die volle Geschäftsmacht. Es konnte aber auch von vorneherein bei der Berufung oder durch späteren Beschluß eine Teilung der Geschäfte (divisio tutelae) herbeigeführt werden, sei es nach Geschäftszweigen oder örtlichen Rücksichten. Auch kann einem

[1]) L. 3 D. 26, 2; l. 3 Cod. 5, 5.
[2]) L. 3 D. h. t. 26, 7; l. 51 D. 5, 3.

oder mehreren Mitvormündern die Verwaltung vorzugsweise übertragen sein, während die übrigen sich mit der Aufsicht begnügen sollen und dürfen; erstere heißen dann tutores gerentes, letztere honorarii.

4. Die Ansprüche aus der Vormundschaft: a) Dem Mündel und dessen Erben stand gegen den Vormund ein Anspruch zu auf Rechenschaftsablegung und Herausgabe des Mündelvermögens nach Beendigung der Vormundschaft (actio tutelae directa). Mehrere Vormünder hafteten in solidum. Hatte der Vormund eine Sache unterschlagen, so haftete er noch auf Grund einer besonderen Deliktsklage (actio rationibus distrahendis) auf das Doppelte des Werts der unterschlagenen Sache.

b) Wegen seiner Gegenansprüche (Auslagen usw.) konnte der Vormund entweder kompensieren oder mit der contraria tutelae actio klagen.

c) In Fällen, in denen jemand, sei es gutgläubig oder nicht, ohne in Wirklichkeit Vormund zu sein, als Vormund gehandelt hat (protutor, falsus tutor), wurde zur Auseinandersetzung die actio pro tutelae directa und contraria gegeben.

Quellenstellen und Schriften: Zu 1) § 1 J. I, 13; L. 1 pr. J. de tut. 26, 1: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum cum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

Pr. I. de legitima agnatorum tutela (1. 15). Quibus autem testamento tutor datus non sit, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

§ 7. I. de cap. dem. (1. 15), Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt, vel si ejusdem gradus sunt, ad omnes.

Zu 3) Wegen der Kautionen der Vormünder vgl. Gajus I §§ 199, 200: Ne tamen pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminuantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdent. §. Sed hoc non est perpetuum: nam et tutores testamento dati satisdare non exiguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores ad quos non e lege curatio pendet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia satis honesti electi sunt. Im allgemeinen vgl. Pernice, Labeo I, 184; Karlowa, Rechtsgeschichte 2, 269, 1186; Mitteis, Röm. Privatrecht, I S. 75 ff.; Rudorff, Recht der Vormundschaft, 3 Bde, 1833 ff.; Manoury, De l'auctoritas tutoris 1894.

Heutiges Recht: Das Vormundschaftsrecht hat im BGB. eine außerordentlich kasuistische Regelung erfahren, wie schon daraus hervorgeht, daß es im IV. Buche, 3. Abschnitt in den §§ 1773—1895 allein 222 §§ in Anspruch nimmt, und zwar ohne

die besonders geregelte Pflegschaft für bestimmte Angelegenheiten (§§ 1909 ff.). — Das Schweizer Zivilgesetzbuch regelt die Vormundschaft in 96 Artikeln (Art. 360—456). — Die Befugnisse der Obervormundschaft, deren Führung das Amtsgericht als Vormundschaftsgericht hat, sind in Deutschland erheblich erweitert worden. Unter Umständen tritt neben dem Vormundschaftsrichter ein besonderer Familienrat, eine Einrichtung des französischen Rechts, BGB. §§ 1858 ff.; eine Hülfsbehörde des Vormundschaftsgerichts bildet jetzt der Gemeindewaisenrat (BGB. §§ 1849 ff.). Landesgesetzlich ist neuerdings vielfach in Gestalt der sogenannten Berufsvormundschaft (Art. 136 EG. BGB.) die Vormundschaft selbst zum öffentlichen Amt umgestaltet worden.

§ 24. Cura furiosi, prodigi et debilium personarum und cura bonorum.

I. Cura furiosi et prodigi: Schon die XII Tafeln führten sowohl die cura furiosi als auch die cura prodigi ein (vgl. oben S. 55), letztere bezog sich zwar zunächst nur auf den Fall der Verschwendung der väterlichen Erbgüter (bona paterna oder avita) und ist erst durch die Praxis des späteren Rechts auf jede Art von Vermögensverschwendung ausgedehnt worden. Berufen waren der nächste Agnat, event. die Gentilen; nur konnte der Sohn nicht curator seines pater prodigus sein. Diese Kuratel galt ebenso wie die Vormundschaft ursprünglich als eine im Interesse der Intestaterben begründete Familiengewalt. Seit der Kaiserzeit aber geschah die Bestellung des curator furiosi und prodigi stets vom Magistrate, der freilich einen vom Vater im Testamente bestellten curator zu bestätigen hatte.

Bei der cura furiosi fiel ursprünglich die pecunia d. h. die res nec mancipi dem Erben zur freien Verfügung anheim; er hatte davon den Wahnsinnigen nur zu verpflegen; bei der cura prodigi hatte der Kurator von vornherein nur die Verwaltung, Geschäftsführung im Interesse des Pfleglings. Im klassischen Rechte wurde auch die cura furiosi in diesem Sinne behandelt.

Während der dilucida intervalla konnte der Wahnsinnige selbst handeln; auch erlosch die cura furiosi ipso jure, sobald der Wahnsinn aufhörte. Der prodigus war durch die cura nur insofern beschränkt, als er sine consensu curatoris sich nicht wirksam verpflichten konnte, erwerben konnte er ohne den Kurator; sie endigte, wie sie entstanden war, durch richterliches Dekret.

II. Cura debilium personarum: Personen, die wegen körperlicher Gebrechen oder geistiger Schwäche, die aber nicht

Geisteskrankheit war, nicht imstande sind, ihre Angelegenheit selbst zu besorgen, waren schon nach römischem Rechte berechtigt, sich einen curator zu erbitten.[1]) Durch die Bestellung eines Kurators wurden sie jedoch in ihrer Handlungsfähigkeit nicht beschränkt; der Kurator hat sich nach dem Mandate zu richten, das ihnen der Magistrat oder die Person selbst, deren Kurator er ist, überträgt.[2])

III. Während der Republik entstand bereits eine Reihe von anderen Kuratelen, die unter den Gesichtspunkt der cura bonorum d. h. der Pflege nur für bestimmte Vermögensangelegenheiten fielen und daher in gar keinem Zusammenhange mit dem Familienrecht stehen. Hierher gehört vor allem die Verwaltung einer Konkursmasse (Bd. I S. 269), die cura hereditatis jacentis (Buch III), die cura absentis (Abwesenheitspfleger).

Im modernen Recht fallen die Fälle zu I unter den Begriff der Vormundschaft. Das Entmündigungsrecht bei Geisteskrankheit und Verschwendung, jetzt auch bei Trunksucht ist eingehend geregelt. BGB. §§ 6, 104, 114, 1908.

Schweizer. Zivilgesetzbuch Art. 370 ff.

Von „Pflegschaft" (Kuratel) spricht das BGB. nur in den Fällen zu III.

Literatur: Mitteis, Römisches Privatrecht Bd. I S. 81 ff.; Rousseau, De la curatelle du prodigue et du fou 1892; Audibert, La folie et la prodigalité en droit romain. 1893; dazu noch Appleton in Rev. gén. 1903 S. 136, 232 ff.; Ubbelohde in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 (1877) S. 521—587; Pernice, Labeo I S. 234—240.

---

[1]) L. 2 D. 27, 10; § 4 J. I, 23.

[2]) L. 13 D. de tutela 26, 1: magis administrator rerum quam curator esse intelligitur.

Buch III.

Das Erbrecht.

Kapitel I.

Allgemeine Grundsätze.

§ 25. **Die natürliche Grundlage (die Idee) des Erbrechts. Der Entwicklungsgang des römischen Erbrechts im allgemeinen.**

I. Wie die Familie, so wurzelt das Erbrecht, als notwendige Einrichtung zur Erhaltung der Familie, als eine besondere Ausprägung des Familienprinzips, in der Natur, ist also eine Einrichtung des richtig verstandenen Naturrechts (vgl. Bd. I S. 7 ff.). Das Gesetz der Vererbung ist eines der wichtigsten Grundgesetze des organischen Lebens; auf ihm beruht die Erhaltung und fortschreitende Vervollkommnung (oder auch bei falscher Richtung die Entartung, der Niedergang) der Gattung. Auch das „Erbrecht" der Natur ist individualistisch; denn die Gattung ist in Wirklichkeit nicht neben oder über, sondern nur in den Einzelwesen vorhanden. Die natürlichen Vorteile der Vererbung kommen der Gattung d. h. der sich in den Einzelwesen darstellenden Idee (vgl. Schopenhauer, Welt als Wille und Vorstellung Buch III, § 31) nur dadurch zugute, daß das mit dem Tode aus der „Welt" d. h. aus dem Diesseits scheidende Einzelwesen seine ererbten und selbst seine erworbenen Eigenschaften auf andere auf von ihm erzeugte Einzelwesen vererbt. Schon der Hinweis hierauf sollte genügen, um alle sozialistischen oder richtiger kommunistischen Angriffe gegen das Erbrecht zum Schweigen zu bringen; die Aufhebung des individualistischen Erbrechts wäre gleichbedeutend mit Hemmung jeglichen gesellschaftlichen Fortschritts; auch wird es niemals gelingen, den gewaltigen Hebel, den die „soziale Mechanik" in der persönlichen Anteilnahme an der Nachkommenschaft, in der individuellen Zuneigung und Liebe besitzt, durch eine Zwangsordnung zu ersetzen, die den Einzelnen nötigt, mehr zu erarbeiten und zu erwerben, als seine eigene Lebensdauer erfordert, wenngleich die Erziehung zum Gemeinsinn und eine edle, in ihrem gesellschaftlichen Wert nicht zu unterschätzende Begierde nach Nachruhm schon unter der Herrschaft des individualistischen Erbrechts zu allen Zeiten glänzende Ausnahmen gezüchtet hat und

züchten wird. Ebenso ist es völlig verfehlt, gerade das Erbrecht, sei es nun das gesetzliche oder das testamentarische, für eine ungerechte Verteilung der wirtschaftlichen Werte verantwortlich zu machen. An sich wirkt das Erbrecht im verteilenden, also ausgleichenden, nicht im privat-monopolistischen Sinne; selbst unter der Herrschaft eines der Verteilung entgegentretenden (aristokratischen) Erbrechts sind etwaige damit verbundene Uebelstände einer ungerechten Verteilung des Volksvermögens nicht so sehr Folgen des Erbrechts an sich, als vielmehr Folgen sonstiger auf direkte oder indirekte Ausbeutung und Erwerbshemmungen einzelner Bevölkerungsklassen abzielender Gewaltformen des Eigentums.

II. Die Prädestination des römischen Volkes zu mustergültiger klarer Rechtsbildung hat sich auf diesem Gebiete ebenfalls glänzend bewährt und jedes Kulturvolk muß auch hier mit römischen Rechtsbegriffen rechnen, wenn es den Erbgang der Kulturgeschichte selber nicht verschmäht.

1. Der Gedanke der Universalsukzession: Den Ausgangspunkt des römischen Erbrechts bildete, wie dies dem unter I dargelegten Grundgedanken entspricht und sich bei allen Völkern wiederholt, die Hausgemeinschaft, die Familie, und zwar in engstem Zusammenhang mit der Familienreligion, dem Ahnenkult, dessen unbewußte, instinktive Triebfeder man geradezu in der Erhaltung der Familie und im Rasseninstinkt suchen kann (Hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, Gajus II, 56, Bd. I S. 56). Aus der monarchischen Verfassung der Hausgemeinschaft entsprang sodann der wichtigste Gedanke des Erbrechts, den gerade die Römer in besonderer Schärfe ausgeprägt haben, der Gedanke der Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge). Im objektiven Sinne ist das Erbrecht der Inbegriff aller Rechtsregeln, die beim Tode eines Menschen den Uebergang seines Nachlasses auf überlebende Personen regeln. Den Nachlaß bildet die Gesamtheit derjenigen Rechtsverhältnisse des Verstorbenen, die mit seinem Tode nicht erlöschen, sondern durch die Rechtsnachfolge anderer Personen erhalten bleiben. Im subjektiven Sinne ist aber das Erbrecht zunächst nichts anderes, als die durch das objektive Recht gewährleistete Rechtsnachfolge anderer Personen in diesen Nachlaß. Das Vermögen hat während des Lebens des Verstorbenen in diesem einen Kristallisationspunkt gehabt; der Begriff des Vermögens selbst setzt ja als Summe von Rechten und Verbindlichkeiten eine Person

als Rechtsträger voraus. Diese Person war ursprünglich ausschließlich der pater familias. Nur beim Hinscheiden eines pater fam. konnte ursprünglich von Erbfolge die Rede sein. Die Römer kennzeichnen daher die Erbschaft als hereditas, womit sie augenscheinlich in erster Linie aus dem bedeutsamen Gesichtspunkte der Herrschaft gekennzeichnet wird (heres, herus, derselbe Wortstamm, wie Herr). Der Tod vernichtet anscheinend diesen Kristallisationspunkt. Folglich, so könnte man schließen, fallen mit dem Tode die durch den Verstorbenen zusammengefaßten Rechte und Verbindlichkeiten auseinander oder noch genauer, da subjektive Rechte und Pflichten ohne Subjekt undenkbar sind, erlöschen die Rechte und Verbindlichkeiten, und der „Nachlaß" besteht lediglich aus den etwaigen körperlichen Gegenständen (Sachen), die ihre Objekte gebildet haben; diese aber würden nunmehr herrenlos werden oder, wenn man ihre beliebige Okkupation ausschließen wollte, müßten sie kraft gesetzlicher Anordnung einzeln auf die „Erben" übergehen. Das römische Recht hat dagegen von vornherein eine tiefere Auffassung des Erbgangs zugrunde gelegt; es geht davon aus, daß der sterbende pater familias durch einen Ueberlebenden ersetzt werden muß, der an seine Stelle tritt, um ihn im Kreise der Lebenden zu vertreten, zunächst auf dem Gebiete des Sakralrechts (Cicero de legibus II, 19), ferner auf dem des Strafrechts,[1]) vor allem sodann in vermögensrechtlicher Hinsicht. Man bezeichnete daher die Erbfolge als eine successio in locum mortui oder in omne jus defuncti; der Verstorbene ist lediglich defunctus d. h. hat aufgehört als Rechtsträger zu „fungieren"; in seine „Funktionen" tritt der Erbe ein, und somit ergibt sich als selbstverständliche Konsequenz, daß jener Auseinanderfall oder gar Zerfall der Rechte und Pflichten nicht eintritt.

Der Eintritt mehrerer Personen in locum mortui steht mit diesem Gedanken der Universalsukzession nicht im Widerspruch; auch bei Konkurrenz mehrerer Miterben löst sich der Nachlaß nicht auf, sondern er zerfällt dann nur in ideelle Teile, partes pro indiviso, und jeder Miterbe sukzediert mit dem Nebengedanken dieser ideellen Rechtsteilung in universum jus defuncti. — Ursprünglich hat aber zweifellos auch im römischen Recht die Erstgeburt eine solche ideelle Teilung ausgeschlossen (Bd. I S. 53).

Diese Rechtsnachfolge ist anfänglich eine unmittelbare und notwendige, ipso jure eintretende, gewesen; wie noch heutzutage im

[1]) L. 5 § 2 D. 29, 5; l. 1 § 6 D. 47, 10 (Semper enim heredis interest defuncti existimationem purgare).

Privatfürstenrecht und im bäuerlichen Recht (Anerbe) sukzedierte man sozusagen „ex pacto et providentia majorum"; der Erbe setzte nach dem Tode des Vorgängers lediglich dessen Hausherrschaft fort (morte parentis continuatur dominium).

Es gab also auch im römischen Recht ursprünglich nur eine notwendige „Verwandtenerbfolge". (Suus et necessarius heres).

Nun gehört es aber zur besonderen Charakteristik des nationalen römischen Erbrechts, die willkürliche Erbeinsetzung, die Bestimmung der Erben durch eine einseitige, letztwillige Verfügung (das Testament) schließlich so in den Vordergrund gerückt zu haben, daß man römisch-rechtlich das Verwandtenerbrecht geradezu als Intestaterbrecht, also negativ als dasjenige Erbrecht bezeichnet, das nur in Ermangelung eines Testaments eintritt. Das Testament ist geradezu eine eigentümlich römische Erfindung. (Es war allen anderen antiken Völkern unbekannt und ist auch in Deutschland erst mit der Rezeption des römischen Rechts eingeführt worden). Das psychologische Motiv dafür dürfte in dem „Macht- und Freiheitstrieb", in dem vorwiegenden Streben nach Privatautonomie zu suchen sein, das, wie v. Ihering in seinem Geist des römischen Rechts I § 6 klassisch nachgewiesen hat, das zweite (nationale) System besonders kennzeichnet. Nur ein sogenanntes formelles Noterbrecht bot anfangs eine Garantie gegen den Mißbrauch dieses Rechts, das sich übrigens, wie wir später sehen werden, erst sehr allmählich aus schwerfälligen Formen bis zum späteren Privattestament fortentwickelte. Erst in einer Zeit, in der mit dem zunehmenden Sittenverfall die Gefahr des Mißbrauchs größer wurde, der seit Ende der Republik schon der Zentumviralgerichtshof (querela inofficiosi testamenti; Bd. I S. 269) entgegentrat, kam es auch zur Ausbildung eines materiellen Noterbrechts.

Im Zusammenhange mit dieser Ausbildung der sogenannten Testierfreiheit und mit dem durch die Prätoren beförderten Eindringen des jus gentium, das auf erbrechtlichem Gebiete die bloße Blutsverwandtschaft (Kognation) gegenüber dem aristokratischen Agnatenprinzip zur Geltung zu bringen bestrebt war, steht die sogenannte Duplizität des Erbrechts, das sogenannte doppelte Erbrecht, welches die Praxis Jahrhunderte äußerst kompliziert gestaltete (vgl. Bd. I S. 312 ff., 315).

Nachdem bereits zahlreiche Kaiserkonstitutionen an der Ueberwindung dieses Gegensatzes gearbeitet hatten, hat zuletzt Justinian

in seiner berühmten oder auch berüchtigten Novelle 115 einen Versuch zur abschließenden Reform des römischen Erbrechts gemacht, der freilich als durchaus mißglückt zu bezeichnen ist und das sogenannte gemeine Erbrecht zum unerfreulichsten Teile des Pandektenrechts stempelt.

2. Das Vermächtnis. Erst die Einführung des Testaments und dessen weitere Entwicklung führte dazu, neben der Gesamtrechtsnachfolge (der eigentlichen Erbfolge) auch eine Sondernachfolge (Singularsukzession) in einzelne Rechte, die somit aus dem Nachlaß ausgesondert wurden, zuzulassen, und so entstand der für das römische Recht sehr wichtige Unterschied zwischen Erbfolge und Vermächtnisfolge.

Während die Gesamtnachfolge auch gegen den Willen des Erblassers eintreten kann (Intestaterbfolge, Noterbfolge), beruht die Sondernachfolge ausschließlich auf dem letzten Willen, auf einer letztwilligen Verfügung. Ihre regelmäßige Form war das Vermächtnis, legatum, fideicommissum. Vermächtnisfolge im Gegensatz zu Erbfolge war also zunächst Singularsukzession von Todes wegen im Gegensatz zur Universalsukzession. Das Vermächtnis war ursprünglich eine „delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit“ (Flor. l. 116 pr. D. de leg. I). Dieser Gegensatz blieb aber nicht in dieser Schärfe bestehen.

a) Frühzeitig gab es schon Vermächtnisverfügungen, die dem Bedachten einen zum Nachlaß gehörenden Wert nur indirekt zuwendeten, indem sie den Erben zu einer Uebertragung von Rechten verpflichteten, die in der Form, wie sie vermacht wurden, gar nicht im Vermögen des Erblassers vorhanden waren; hier kam nur der Wert, nicht die Sache, die Forderung usw., also nicht das Recht ex hereditate, so daß also von einer Sondernachfolge im genauesten Sinn einer Rechtsnachfolge nicht die Rede sein konnte.

b) In der Kaiserzeit wurde endlich das Vermächtnis (fidei commissum) auch dazu benutzt, den Nachlaß als Ganzes, als universum jus, nachdem er vom Erben erworben, durch diesen selbst wieder an eine dritte Person zu bringen; hier bewirkte die Vermächtnisverfügung Sukzession, aber nicht Singular-, sondern Universalsukzession. Seitdem unterscheidet sich Erbfolge von Vermächtnisfolge nur noch dadurch, daß erstere nicht bloß eine Rechtsnachfolge in den Nachlaß, sondern überhaupt in locum mortui und zwar begrifflich notwendig eine unmittelbare Sukzession

darstellt, während das Vermächtnis als indirekter durch den Erben vermittelter Erwerb, sei es nun Erwerb aus dem Nachlasse oder auch Erwerb des Nachlasses selber zu definieren ist.

3. Schenkungen von Todes wegen: Der Erwerb durch Vermächtnis blieb nicht der einzige Erwerb mortis causa neben der Erbfolge. Auch die Schenkung (donatio) konnte zu Zuwendungen für den Todesfall verwandt werden (donatio mortis causa); sie begründete aber notwendig und immer nur Sondernachfolge; der Erwerb knüpft bei ihr immer direkt an den Erblasser an und kann weder durch den Erben noch durch Erbschaft vermittelt werden; im ersteren Moment liegt ihr Unterschied von der Erbfolge, im letzteren vom Vermächtnis.

Quellenstellen: l. 24, de verb. sign. (50, 16). Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus, quod defunctus habuit.

L. 3 D. de bonorum possessionibus (37, 1). Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum et incommodum. Nam, sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur.

L. 37 D. de adq. vel omitt. hered. (29, 2). Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.

L. 23 D. pr. de adquir. vel amittenda poss. (41, 2). Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter adprehensa, ad nos non pertinet.

Literatur: Rivier, Traité élementaire des successions à cause de mort en droit romain 1878; Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, 1887—1895; Albert, La liberté de tester, Droit naturel, économie politique, histoire, legislation comparée, étude critique de droit français, Paris 1895; Fustel de Coulanges, La cité antique p. 87 f. 367; Hölder, Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts, 1881; Lambert, La tradition sur les formes des testament, 1901; Fadda, Concetti fondámentali del diritto ereditario romano, 1901; Obrist, Essai sur les origines du testament romain, 1906.

§ 26. Die Berufungsgründe, der Erwerb der Erbschaft. Die hereditas jacens.

Wie bereits aus dem vorstehenden Paragraphen erhellt, gibt es im römischen Recht nur zwei wesentlich verschiedene Berufungsgründe zur Erbfolge, entweder das Gesetz oder ein Testament, entweder die objektiven Regeln des Intestaterbrechts (der Verwandtenerbfolge) oder den, freilich mittelbar auch durch Gesetz gestützten, letzten Willen des Erblassers. Der heutzutage im deutschen Recht

zulässige Erbvertrag war den Römern unbekannt, ja er galt als Beschränkung der Testierfreiheit für unerlaubt (contra bonos mores) und war daher ungültig. (Objektivität des Freiheitsbegriffs).

1. Das gegenseitige Verhältnis dieser beiden Berufungsgründe war aber ein ausschließendes. Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest d. h. eine Konkurrenz von Testament und gesetzlicher Erbfolge in einem und demselben Falle war ausgeschlossen.[1]) Der Grund für diese in dem modernen Rechte (BGB.) nicht mehr gewahrte Regel lag eben darin, daß der Erbe in erster Linie nicht als bloßer Rechtsnachfolger in den Nachlaß, sondern als successor in locum mortui galt. (Prinzip der Totalität der Beerbung). Wer testieren wollte, mußte über sein ganzes Vermögen testieren. Man nahm daher an, daß seine Disposition sich immer über das Ganze erstrecke, selbst wenn der Ausdruck seines letzten Willens oder die Unkenntnis vorhandener Noterben für das Gegenteil sprach, und auf diesen Grundsatz bauten die klassischen Juristen wichtige Folgesätze auf sowohl für die Richtigstellung der Erbteile, die sogenannte testamentarische Akkreszenz (das Anwachsungsrecht)[2]) als auch für das Verhältnis mehrerer aufeinander folgender Testamente.

2. Wenn einmal auf Grund einer Delation die Stelle des Verstorbenen durch einen Lebenden ausgefüllt worden ist, so kann sie nicht wieder frei werden, weil die Stellung eines Erben als eine persönliche Qualität gilt, die so wenig von der Person abgelöst werden kann, wie eine sonstige familienrechtliche Qualität; der Nachlaß wird mit dem Erbschaftserwerb ein integrierender Bestandteil des Erbenvermögens und hört auf als besonderes Vermögen zu existieren. Dies bedeutet der Satz: Semel heres semper heres.

3. Der Erwerb der Erbschaft erfolgte ursprünglich, solange nur der gesetzliche Berufungsgrund der Anerbenschaft in Frage kam, im alten Zivilrecht, wie im Erbrecht aller arischen Völker, ipso

---

[1]) Eine Ausnahme machte man davon zugunsten der Soldaten. L. 6 D. de test. milit. 29, 1: Miles pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.

L. 39 D. de adq. vel omitt. hereditate (29, 2). Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

§ 5 I. de heredibus instituendis (2, 14). Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur.

[2]) Concursu partes fiunt, concursu cessante partes cessant.

jure und notwendig. Es galt also auch im alten römischen Recht der Grundsatz, den das germanische Recht durch den Spruch ausdrückt: Le mort saisit le vif, der Tote erbt (transitiv) den Lebendigen und der noch im heutigen monarchischen Verfassungsrecht, das insofern lediglich das urgermanische Erbrecht widerspiegelt, in dem die Kontinuität der Herrschaft betonenden Ausruf liegt: „Le roi est mort. Vive le roi!"

a) Aber dieser Satz galt im alten Zivilrecht nur für die hausangehörigen Erben (heredes domestici), d. h. für die unmittelbar der Gewalt des Verstorbenen unterworfen gewesenen agnatischen Abkömmlinge, die daher sui et necessarii heredes heißen; necessarii, weil ihnen das Zivilrecht auch die Ablehnung der Erbschaft versagte. (Erst der Prätor gab ihnen ein sogenanntes beneficium abstinendi, das Recht, durch Willenserklärung der Erbschaft zu entsagen, solange sie sich nicht durch Ausübung des Erbrechts — inmiscere se hereditati — nach dem S. 132 zu 2 genannten Grundsatze unwiderruflich zu Erben gemacht hatten). Diese sui heredes erwarben auch, wenn ein Testament errichtet war, falls sie in diesem nicht rechtswirksam enterbt waren, ipso jure. Sie sind die ältesten Noterben, im Sinne des rein formellen Noterbenrechts des Zivilrechts (s. oben S. 129). Eigentliche sui sind nur diejenigen Abkömmlinge, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments schon leben; nach Errichtung des Testaments geborene oder etwaige durch Tod oder Emanzipation ihres Vaters nachträglich in die Gewalt des Großvaters gelangte Enkel heißen sui postumi; ihre Uebergehung im Testament machte dieses ungültig (rumpit testamentum).

b) Dagegen erwarb der sogenannte heres extraneus d. h. ein Erbe, der nicht zur Hausgemeinschaft gehört hatte, der erst seinen Einzug in das Haus des Verstorbenen halten mußte, die Erbschaft erst durch seine Willensäußerung, durch seine Antretungshandlung, er war heres voluntarius.

4. Auf den unter 3 hervorgehobenen Unterschied gründet sich nun für das spätere Zivilrecht der von den römischen Juristen mit besonderer Schärfe ausgearbeitete Gegensatz zweier Momente der Erbfolge, der mit dem Tode eröffneten bloßen Möglichkeit, Erbe zu werden, und dem Erwerb der Erbschaft, die nur bei den sui et necessarii heredes zusammenfallen, der Stufen der Delation und Akquisition.

a) Der Moment der Delation (hereditas delata) ist derjenige, in dem ipso jure und ohne daß hierfür ein Willensakt der Delaten erforderlich wäre, diesem die rechtliche Möglichkeit sich eröffnet, Erbe zu werden, — — wohl zu unterscheiden von einer schon vorher auf Grund der allgemeinen Rechtslage bestandenen bloßen Aussicht oder Hoffnung; es ist die Möglichkeit, nunmehr die Willensakte, die zur Erwerbung der Erbschaft erforderlich sind, mit rechtlicher Wirkung auszuüben, durch diese Willensakte in locum mortui einzutreten und durch diesen Eintritt die hereditas per universitatem zu erwerben. Diese Möglichkeit wird durch die Berufung nur der individuellen Person des Berufenen eröffnet; sie geht weder auf seine Erben über, noch ist ihre Uebertragung im Wege der Singularsukzession möglich. Dies besagt der weitere allgemeine Grundsatz des römischen Erbrechts: hereditas delata nondum acquisita non transmittur ad heredes, von dem jedoch das spätere Recht neben dem schon im klassischen Recht gegebenen Falle der restitutio in integrum (sogenannte transmissio ex capite in integrum restitutionis) mehrere Ausnahmen geschaffen hat, nach denen die Delation durch den Wegfall des Delaten nicht aufgehoben wird, sondern einem Dritten zugute kommt (sogenannte Transmissionsfälle).

b) Hereditas adquisita: Hat der Erwerb stattgefunden, so ist der Berufene Erbe geworden d. h. in locum mortui und in den Nachlaß als einheitliches Ganze eingerückt, d. h. er ist jetzt Eigentümer der Erbschaftssachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden geworden, ohne daß für ihn in Ansehung der einzelnen Bestandteile des Nachlasses besondere Erwerbsakte nötig gewesen wären, lediglich weil er unmittelbar in Beziehung auf den Nachlaß an die Stelle des Verstorbenen getreten ist.

5. Hereditas jacens (die ruhende Erbschaft). In unmittelbarem Zusammenhange mit dem freiwilligen Erbschaftserwerbe steht der eigentümliche Begriff der ruhenden Erbschaft (hereditas jacens). Nach ursprünglicher Anschauung galt der Nachlaß, solange der Erbe noch nicht angetreten hatte, geradezu als herrenlos. Man ging zwar nicht so weit, dieserhalb, wie bei anderen herrenlosen Sachen die beliebige Okkupation zu gestatten, ließ aber immerhin, um, wie Gajus[1]) bemerkt, den Erben zum baldigen Antritt zu be-

[1]) Gajus II, §§ 52 ff.

wegen,[1]) die usucapio pro herede zu, d. h. wer eine Nachlaßsache in Besitz nahm, usukapierte ursprünglich die Erbenstellung, später wenigstens die Nachlaßsache. Die Juristen dagegen stellten den Satz auf, daß der Erwerb der Erbschaft auf den Augenblick des Todes des Erblassers zurückzubeziehen sei d. h. daß nachträglich der Erbe so zu behandeln sei, als ob er die Erbschaft unmittelbar im Augenblicke des Todes erworben habe. Da indes auch diese Fiktion nicht hinreichte, um den Nachlaß in der Zwischenzeit ausreichend zu schützen, seine etwaige Verwaltung durch einen etwaigen Erbschaftskäufer oder einen Kurator zu rechtfertigen und ihn dem Erben zu erhalten, so erklärten sie die hereditas selbst für eine Vermögenseinheit, als deren Träger (Subjekt) von Ulpian und Julian die Person des Verstorbenen erklärt wird, während Florentinus geradezu sagt „hereditas vice personae fungitur, sicut municipium et decuria et societas", also ihr eine juristische Persönlichkeit beizulegen scheint.

Zu 3a vgl. l. 11 D. de lib. et post. 28, 2 (Paulus): In suis heredibus evidentius apparet, continuitatem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur: unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licet. — Enkelkinder von einem noch lebenden Haussohn waren übrigens keine sui heredes, gleichwohl jedoch heredes domestici, die, wenn der Großvater sie als Erben einsetzt, nicht als extranei, sondern durch ihren Vater als necessarii heredes die Erbschaft erwarben. (L. 6 § 5 D. de adqu. hered. 20, 2).

Zu 4a Vgl. L. 151 D. de l. 50, 16: Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.

---

[1]) Der Testator konnte dem eingesetzten Erben eine Frist zur Besitzergreifung setzen (cretio): Ulpian, Fr. XXV § 5: Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei, adire hereditatem nec ne, velut: Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque; nisi ita creveris, exheres esto. (§ 28). Cernere est, verba cretionis dicere ad hunc modum: cum me Maevius heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque. (§ 31). Cretio aut vulgaris dicitur aut continua. Vulgaris, in qua adjiciuntur haec verba: quibus scieris poterisque, continua, in qua non adjiciuntur. Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi tantum computantur, quibus scit, se heredem institutum esse. (§ 32). Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignoravit, se heredem institutum, aut scivit quidem, sed non potuit cernere.

Zu 4a und b: Die juristische Konstruktion des subjektiven Erbrechts sowohl im Stadium der bloßen Delation als auch nach der Adquisition ist unter den Romanisten sehr bestritten. Manche verneinen überhaupt die Existenz eines subjektiven Rechts, bezeichnen vielmehr, wie z. B. v. Mandry die Delation nur „als eine der mehreren Tatsachen, die zusammen den Tatbestand des Erbewerdens ausmachen" und behaupten, daß die Adquisition dem Erben nicht ein besonderes Recht an dem Nachlasse als solchem, sondern nur an den einzelnen Rechten und Sachen beschaffe, während Puchta (Pand. III § 446) geradezu das Erbrecht als „ein Recht an das von dem Berechtigten repräsentierten Person des Erblassers" definiert. (Die Puchtasche Ansicht wird geistreich persifliert von v. Ihering in dessen Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 11 ff.) Die richtige Auffassung dürfte Wächter, Pand. § 269 vertreten: Das Recht eine deferierte Erbschaft anzutreten (zweifellos ist es ein subjektives Recht) ist eigentlich ein Personenrecht, das deshalb unveräußerlich und auch in der Regel unvererblich ist. Hat aber der zur Erbschaft Berufene sie wirklich erworben, so geht nun eben der Nachlaß in sein Vermögen über. Aber ein besonderes eigentümliches Recht an dem Nachlaß wird dadurch nicht begründet, sondern die Rechte des Erblassers sind eben nun Rechte des Erben. — Nur das Eigentümliche gilt hier, daß der Erbe den Nachlaß als Ganzes, als universitas mit einer dinglichen Klage, mit einer de universitate actio von jedem Dritten fordern kann, gerade wie der Eigentümer mit einer specialis actio von jedem Dritten Sachen vindizieren kann".

5: Auch die Konstruktion der hereditas jacens bildet eine der berühmtesten Kontroversen des römischen Erbrechts. Vgl. v. Ihering, Abhandlungen N. 3, dazu Scheurl, Beiträge Bd. 1 N. 1; Dusi, La eredità giacente 1891; Marcusen, Die Lehre von der hereditas jacens 1883; Pernice, Labeo I, 358; Flammarion, De l'usucapion pro herede 1881; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge nach römischen und österreichischen Recht 1893, 1897; Oertmann, Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 13 S. 133. Weitere Literatur bei Köppen, Erbrecht, S. 44.

Der Widerspruch der Quellen: Vgl. Ulpian, l. 34 D. 41, 1: Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. Dagegen Pomponius, l. 24 D. de nov. et del. 46, 1: Morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet. Florentinus, l. 22 D. de fidej. 46, 1: Quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas. In l. 15 pr. D. 41, 3 heißt es nur: hereditatem in quibusdam vice personae fungi. Die Mehrzahl der Romanisten betrachtete die ruhende Erbschaft als eine juristische Person. So z. B. v. Mandry: „Die hereditas jacens ist eine juristische Person, aber ihre Persönlichkeit beruht nicht auf der Existenz eines selbständigen dauernden, im Vermögen verkörperten Zweckes, sondern lediglich auf der Tendenz, die einzelnen Rechte wie das Vermögen als Ganzes bis zur Uebernahme durch die Erben und für diese zu erhalten." Augenscheinlich kann diese Konstruktion von unserer Auffassung des Wesens der juristischen Person nicht geteilt werden. Andrerseits kann es natürlich keine subjektlosen Rechte geben. Es bleibt also nichts übrig, als den Erben für das Subjekt zu erklären, zu dessen Gunsten die Erbschaft geschützt wird. Die Person des Erben ist zwar noch ungewiß (in der Schwebe); allein auch bedingte Rechte werden geschützt; und da der Erbe nach römischem Rechte zugleich die Person des Verstorbenen repräsentiert, so erledigen

sich damit — abgesehen von der unrichtigen Auffassung des Florentin, wie auch Sohm, Inst. p. 657 hervorhebt, die Widersprüche zwischen Pomponius und Ulpian.

Im modernen Recht des BGB. wird jede Erbschaft ipso jure erworben (deutsches Rechtsprinzip), der Erbe kann binnen gewisser Zeit ausschlagen und dann gilt kraft gesetzlicher Fiktion der Nachlaß als vom Nachberufenen unmittelbar erworben (BGB. §§ 1942, 1953). „Der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt". Daher kennt das BGB. keine „ruhende Erbschaft", das Nachlaßgericht hat im Bedürfnisfall für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, BGB. §§ 1960 bis 1962. Aehnlich ist die Regelung im Schweizer Zivilgesetzbuch, Art. 560 ff., 551 ff.

§ 27. Hereditas et bonorum possessio.

Der dem römischen Recht eigentümliche Dualismus der Rechtsbildung, das zeitweilige Nebeneinander zweier Rechtssysteme, des nationalen Zivilrechts und des jus gentium bis zur Verdrängung des ersteren durch letzteres (Bd. I S. 313 ff.) tritt kaum auf einem anderen Gebiete mehr hervor, als auf dem des Erbrechts. Schon in der letzten Zeit der Republik stand hier neben dem nationalen (zivilen) Erbrechtssystem eine vollständig geregelte Erbfolge (successio per universitatem), wodurch jemand (als bonorum possessor) nach jus gentium zur Repräsentation des Verstorbenen berufen wurde; er wurde nach diesem System vom Prätor als fingierter heres (heredis loco) mit den Klagen des Erben als actiones ficticiae (Bd. I S. 237) geschützt; das Eigentum des Erblassers ging nicht als dominium ex jure Quiritium, sondern bloß als bonitarisches auf ihn über, die Forderungen standen ihm „utiliter" zu (Bd. I S. 228, 232, 238). Sowohl für den Fall der testamentarischen Erbfolge als auch ab intestato befolgte hierbei der Prätor die im Gegensatze zum jus strictum des Zivilrechts stehenden Grundsätze des jus gentium. Neben das auf der zivilrechtlichen familia aufgebaute, agnatische System der hereditas trat somit das auf einem freieren und cognatischen Standpunkte stehende Erbrechtssystem der bonorum possessio, dem die Familie und der Verwandtenkreis im Sinne des jus gentium zugrunde liegt. Anfangs gab der Prätor diese bonorum noch nicht in Widerspruch mit dem Zivilrecht, sondern nur adjuvandi juris civilis causa, um dem zivilen Erben selbst den Besitzerwerb der Erbschaft zu erleichtern — si de hereditate ambigitur d. h. unter der Voraussetzung, daß ihm das Erbrecht streitig gemacht wurde. Der Erbe, dem die bonorum possessio verliehen wurde, konnte durch das interdictum quorum bonorum den Besitz erlangen und war jetzt gegen eine Ersitzung des Nachlasses

durch andere (S. 135 oben) geschützt. Später gab er die bonorum possessio auch zur Ergänzung des Zivilrechts (supplendi juris civilis causa), z. B. wenn eine gesetzliche Berufung erfolglos geblieben war und nunmehr nach jus civile keine weitere Berufung eintrat, oder wenn überhaupt kein Zivilerbe da war und sein Recht selber durch bonorum possessio geltend machte. Eine solche Einweisung in den Besitz wurde aber ursprünglich unwirksam (sine re), wenn der wirkliche heres nachher doch auftrat und mit der Erbschaftsklage gegen den bonorum possessor vorging. Aber schließlich wurde die bonorum possessio in gewissen Fällen auch gegen das Zivilrecht (corrigendi juris civilis causa) gewährt, so daß der Zivilerbe dem bonorum possessor weichen mußte. Die Grundsätze, die den Prätor hierbei leiteten, sind in Bd. I S. 233f. dargestellt; eine solche bonorum possessio hieß b. p. cum re. Man unterschied demgemäß eine bonorum possessio ab intestato und secundum tabulas (testamentaria), schließlich auch eine b. p. contra tabulas, d. h. ein vom Prätor ausgebildetes Noterbrecht. Diese Duplizität des Erbrechts, durch welche die Einheitlichkeit der Erbfolge im einzelnen Falle nicht berührt wurde, ist im römischen Recht niemals ganz überwunden worden. Formell stehen beide Erbfolgesysteme in den Digesten und im Kodex getrennt und selbständig nebeneinander (wie statute law und equity im englischen Recht); es konnte aber von einem wirklichen Widerstreite nicht mehr die Rede sein, nachdem die Normen sich befestigt hatten, welche die Kollision im einzelnen Falle lösten, vor allem, nachdem das sogenannte quiritarische Eigentum zu einem bloßen Namen geworden war, ebenso wie der Unterschied zwischen sogenannten actiones directae und utiles. Zu beachten war jetzt lediglich noch: a) Zur Erlangung der bonorum possessio war eine protokollarische Erklärung bei irgendeinem Gerichte (agnitio b. p.) binnen bestimmter Frist erforderlich, während der Antritt der hereditas eine Erklärung der Art binnen bestimmter Frist nicht verlangte (abgesehen von der sogenannten cretio S. 135, n. 1 oben). b) Nur der bonorum possessor hatte das interdictum quorum bonorum zur Erlangung des Nachlasses, nicht der heres als solcher, wenn er nicht die bonorum possessior „agnoszierte".

Seitdem sich die Grundsätze der b. p. befestigt hatten, regelte ein sogenanntes successorium edictum die Reihenfolge der zur b. p. berufenen Personen und die Fristen: Aszendenten und Dezendenten hatten eine Agnitionsfrist von einem annus utilis, alle übrigen eine

Agnitionsfrist von centum dies utiles.[1]) Man unterschied ferner die b. p. ordinaria = edictalis = de plano dato, die ohne zuvorige Untersuchung auf Grund der bloßen agnitio erteilt wurde, von einer bonorum possessio extraordinaria = pro tribunali, der stets eine causa cognitio vorausging und die durch besonderes Dekret erteilt wurde; letzteres erteilte regelmäßig nur eine provisorische b. p. (b. p. ventris nomine, b. p. furiosi nomine, b. p. ex Carboniano edicto, litis ordinandae causa).

Justinian entschloß sich zu einer durchgreifenden Veränderung des Intestat- und Noterbrechts (Nov. 118, 115), ließ dabei aber das Erbrecht der Ehegatten und des Freilassenden aus, so daß für dieses auch jetzt noch zweifellos die bonorum possessio und das prätorische Edikt in Geltung blieb. Dieses hatte aber nur noch historische Bedeutung im gemeinen Recht, da die Praxis seit den Glossatoren die Agnition der b. p. beseitigt hat. Es blieben nur noch die provisorischen Einweisungen präsumtiver und eventueller Erben übrig, die aber eine ganz andere Bedeutung haben.

Aus den Quellen: Vgl. pr. J. de bon. poss. 3, 9: Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo praetor emendavit, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure B. P. efficiebatur (§ 1). Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris vel magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos hereditas pertinet jure civili. § 2. Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutiones principales. Sed, cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, et vocantur bonorum possessores. Gajus IV § 34: Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit; cum enim praetoris jure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere Suum Esse, neque id, quod debebatur, potest intendere, Dari Sibi Oportere: itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: JUDEX ESTO. SI AULUS AGERIUS (id est ipse actor) LUCIO TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM, DE QUO AGITUR, EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET; et si debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subjicitur: TUM SI

[1]) Utiles dies d. h. quibus scierit poteritque.

PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE. (Vgl. dazu Bd. I S. 246, 237 f.).

Ulpian XXVII § 10. Bonorum possessio datur parentibus et liberis intra annum, ex quo petere potuerunt, ceteris intra centum dies. Qui omnes intra id tempus si non peterint, ad bonorum possessionem sequens gradus admittetur, perinde ac si superiores non essent.

Ulpian XXVII, 13: Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re, cum is qui accepit, cum effectu bona retineat; sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit. Gajus III § 36: Nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilo minus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem: sed sine re ad eos pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Literatur: Vgl. Fabricius, Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio 1837; Leist, Bonorum possessio, 2 Bde. (1844, 1848), in Glücks Pandekten Bd. 37, 28 (1—5), Gräco-italische Rechtsgeschichte 1884 S. 81 ff., 87 ff. Im einzelnen ist hinsichtlich der Entstehung und Ausbildung der b. p. historisch manches dunkel und bestritten. Wahrscheinlich ist ein maßgebender Einfluß griechischen Rechts, vgl. Schulin, Das griechische Testament verglichen mit dem römischen (Rektoratsprogramm, Basel 1882).

Als eine der b. p. agnitio in gewisser Weise ähnliche Einrichtung läßt sich der Erbschein des BGB. betrachten, BGB. §§ 2353—2370.

§ 28. Voraussetzungen der Delation und des Erwerbes der Erbschaft. (Erbfähigkeit, Kapazität). Indignität (Erbunwürdigkeit).

1. Allgemeine Voraussetzung der Delation ist der Tod einer vermögensfähigen Person (hereditas viventis non datur). Sodann muß eine causa delationis, ein Berufungsgrund in einer anderen überlebenden Person eingetreten sein. Causa delationis ist entweder das Gesetz oder ein Testament. Die Berufung durch Gesetz tritt solange nicht ein, als ein Testament vorhanden ist oder, wenn vorhanden, nicht rechtswirksam angefochten ist (S. 129 oben). Die Berufung durch Testament tritt solange nicht ein, als eine etwaige vom Erblasser gesetzte Bedingung noch schwebt.

2. Subjektiv ist Voraussetzung der Delation, daß die durch die causa delationis bezeichnete Person existiert und erbfähig ist. a) Was die Existenz betrifft, so wird dieser Satz durch eine übrigens nur scheinbare Ausnahme durchbrochen, nämlich durch den Satz: nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur, und durch die sogenannte Bedenkfähigkeit eines postumus. Der nasciturus ist ein zur Zeit des Todes des Erblassers bereits empfangenes Kind,

ist also wenigstens schon in rerum natura; in Wahrheit ist für ihn die Delation aufschiebend bedingt, erfolgt in Wirklichkeit erst mit seiner Geburt. (Vgl. Windscheid; Pand. III § 358 n. 4—6.) — Personen dagegen, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht einmal „empfangen" sind, kommen weder für die Intestaterbschaft noch für die testamentarische in Frage. Bei der Intestaterbschaft ergibt sich dies schon aus dem Begriffe der Verwandtschaft. b) Erbunfähig waren α) Sklaven; eigene Sklaven konnte man jedoch cum libertate als Erben einsetzen, fremde mit der Wirkung, daß durch sie ihr Herr Erbe wurde, β) nach der lex Voconia (169 v. Chr.) in einem gewissen Grade für Testamente Weiber; sie konnten nicht von den in der ersten Klasse zensierten Bürgern eingesetzt werden. Diese Beschränkung wurde aber im System der späteren prätorischen Erbfolge nicht beachtet. γ) incertae persona: als solche galten die juristischen Personen, soweit ihnen nicht die sogenannte passive testamentifactio ausdrücklich verliehen war. Nach klassischem Rechte hatten Municipien gegenüber ihren Freigelassenen die testamenti factio bereits allgemein, seit Konstantin galten ferner allgemein die christlichen Kirchen und milden Stiftungen sowie die Städte als Erben einsetzbar. δ) Nichtbürger (peregrini), sofern ihnen nicht ausnahmsweise das commercium mortis causa erteilt war, wie den Latini Iuniani (Bd. I S. 231 f., 291 f.). Die Erbfähigkeit muß vorhanden sein vom Augenblick der Delation bis zur Akquisition, bei testamentarischer Erbfolge noch im Augenblick der Testamentserrichtung.[1])

Incertae personae waren für den Testator auch alle Personen, von deren Individualität er zur Zeit der Testamentserrichtung noch keine bestimmte Vorstellung hatte, also auch die postumi. Gleichwohl konnten schon nach älterem Zivilrecht die noch bei Lebzeiten der Testamentserrichtung geborenen sui und die, welche durch den Wegfall einer Zwischenperson sui geworden waren (lex Velleja) eingesetzt werden. Justinian hat schließlich die Einsetzung aller incertae personae, auch der postumi alieni zugelassen.

3. Von der Erbunfähigkeit ist zu unterscheiden die Erwerbfähigkeit (capacitas) des Berufenen. Im Interesse des Familienprinzips entzog die lex Julia et Papia Poppaea (Bd. I S. 270, 346) folgenden Personen die Fähigkeit, eine testamentarische Erbschaft zu erwerben: a) völlig den Ehelosen (caelibes): b) den Kinderlosen

[1]) Ausgenommen bei Soldatentestamenten, für die es genügte, daß der Eingesetzte zur Zeit der Delation fähig war.

(orbi) bis zur Hälfte des Hinterlassenen [1]. Dies galt aber nicht für Testamente der mit ihnen bis zum siebenten Grade verwandten Personen und der nächsten Affines. Dasjenige, was der incapax nicht erwarb, hieß caducum, es fiel in erster Linie andern im Testamente zu Erben ernannten Personen, welche Kinder hatten, in zweiter Linie dem Fiskus anheim. (Im Anfang der Kaiserzeit erhielten auch die Anzeiger [delatores] einen Anteil als Belohnung.) Nachdem schon Konstantin die Strafen der Ehelosigkeit, Honorius und Theodosius auch die der Kinderlosigkeit beseitigt hatte, hob Justinian das sogenannte Caduzitätsrecht überhaupt auf (lex unica C. de caducis tollendis 6, 51).

4. Indignität (Erbunwürdigkeit): Weder Delation noch Akquisition war ausgeschlossen durch Erbunwürdigkeit (Indignität). Als erbunwürdig gilt derjenige, der sich unwürdig gegen den Erblasser verhalten hat, insbesondere: a) wer den Erblasser vorsätzlich getötet hatte oder im Falle der Ermordung die Verfolgung versäumte; b) Intestaterben, die den wahnsinnigen Erblasser hülflos trotz Aufforderung im Stiche ließen; c) wer das Testament als falsch oder inoffiziös angefochten hatte und rechtskräftig zurückgewiesen war. Dem Unwürdigen wurde auch das Erworbene wieder genommen, und zwar regelmäßig zugunsten des Fiskus.

Vgl. Pernice, Labeo I, 260; Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 6, 397; Zimmern, Arch. für praktische Rechtswissenschaft III. Folge 1, 355; Bierling, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 8, 293. Insbesondere zu 3 vgl. Hartmann, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 5, 219; zu 4 Walter Eck, Indignität und Enterbung. Berlin 1894. Tit. Dig. de his, quae ut indignis auferuntur, 34, 9.

Heutiges Recht: BGB. § 1923 (zu 1), § 2109, §§ 2339 f. Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 540 f.

Kapitel II.

Die Verwandtenerbfolge (Intestaterbfolge).

§ 29. Allgemeines.

Man könnte zweifelhaft sein, ob in einem System des römischen Privatrechts nicht an erster Stelle die testamentarische Erbfolge zu erledigen wäre, da ja grundsätzlich diese den Vorrang vor der Ver-

[1] Kinderlose Ehegatten konnten nur $^1/_{10}$ voneinander erwerben und dazu noch den Nießbrauch von $^1/_3$ des Vermögens.

wandtenerbfolge hat. In der Tat stehen auf diesem Standpunkte fast sämtliche Pandektenlehrbücher. Aber diese Einteilung kann in einer entwicklungsgeschichtlichen Darstellung des Systems nicht als die richtige erscheinen, da geschichtlich die Verwandtenerbfolge wenigstens im Sinne des Familienprinzips (oben S. 129) den Vorrang beansprucht. Sie ist auch nicht einmal rein logisch gerechtfertigt, da vom Standpunkte des zwingenden Rechts aus dann wiederum das Noterbrecht die erste Stelle beanspruchen könnte, dessen Erörterung vor dem testamentarischen Erbrecht jedoch aus naheliegenden Gründen der Verständlichkeit untunlich ist. Wir glauben daher die Verwandtenerbfolge, übrigens in Uebereinstimmung mit dem System des BGB. und des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, abweichend von dem bisherigen Gebrauch an die Spitze stellen zu dürfen. Mit Einschluß des Noterbrechts (Kap. IV) bildet die Verwandtenerbfolge zugleich die gesetzliche Erbfolge (legitima hereditas, legitima successio).

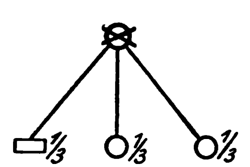
Wenn man das Recht des Fiskus auf erbloses Gut (bona vacantia) nicht als „Erbrecht" bezeichnen darf, was sich nach unserer Gesamtauffassung von selbst versteht, so ist, abgesehen von der Erbfolge der Ehegatten, die aber doch zur Familie zählen, gesetzliche Erbfolge nnd Verwandtenerbfolge identisch. Freilich kannte das römische Recht auch noch gesetzliche Erbansprüche des manumissor an dem Nachlaß des Freigelassenen und des emanzipierten Kindes, die nach richtiger Auffassung erst durch die Justinianische Reform (Nov. 118) beseitigt sind. Wir begnügen uns damit, wegen dieses patronatischen Erbrechts, das heutzutage nur noch rein historisches Interesse beansprucht, zu verweisen auf Tit. Dig. De bonis libertorum 38, 2, Cod. De B. P. contra tabulas liberti 6, 13; Inst. De successione libertorum III, 1; Gajus III, 40—54. Boeking, Institutionen III. § 23 II, § 27.

Die Berufung zur Erbschaft durch Gesetz — abgesehen von der Noterbfolge — setzt voraus, daß kein gültiges Testament vorliegt und heißt daher Intestaterbfolge (successio ab intestato). Das Gesetz deferiert die Erbschaft nur solchen Personen, die in einem bestimmten Verhältnisse zum Erblasser stehen. Diese Verhältnisse (Sukzessionsonsgründe) sind: a) in erster Linie eheliche Verwandtschaft (vgl. oben S. 114 f.); b) das eheliche Verhältnis (oben S. 83 ff.); c) unter Umständen auch das durch uneheliche Zeugung entstehende Verhältnis zwischen Vater und Kind. Berufen wird, wer im Augen-

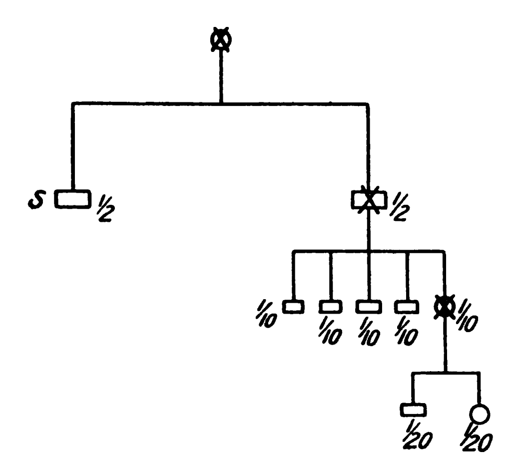
blicke der Delation nächster gesetzlicher Erbe ist. Dieser Augenblick ist zwar in der Regel, aber nicht immer, der des Todes des Erblassers; verstarb der Erblasser z. B. mit Hinterlassung eines Testaments, das nach seinem Tode z. B. durch Ausschlagen der Testamentserben „destitut“ wird, so wird derjenige zur gesetzlichen Erbschaft berufen, der zur Zeit der Vereitelung des Testaments der nächste ist. — Im späteren Rechte trat allgemein die sukzessive Berufung ein, d. h. es wird jedem Folgenden deferiert, wenn der zunächst Berufene nicht Erbe wird. Für die Reihenfolge der Berufung ist eine Sukzessionsordnung (Erbfolgeordnung) maßgebend, welche die erbberechtigten Personen in Klassen teilt und innerhalb der Klassen Momente hervorhebt, nach denen sich die Sukzession bestimmt. Neben der regelmäßigen (ordentlichen) Erbfolgeordnung und konkurrierend mit den verschiedenen Klassen derselben kommt noch eine außerordentliche Erbfolge gewisser Personen auf gewisse Teile des Nachlasses vor.

Die Sukzessionsordnung bestimmt natürlich nicht bloß, welchen an sich erbberechtigten Personen deferiert wird, sondern auch, zu welchen Teilen, falls mehrere konkurrieren. In dieser Hinsicht ist folgendes von vornherein hervorzuheben. Die Teilung kann angeordnet sein entweder

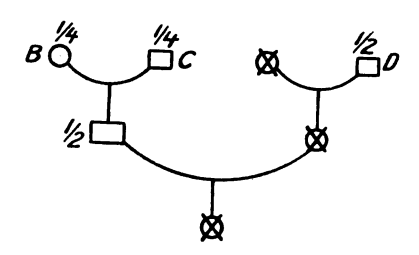
1. in capita (nach Köpfen), d. h. so, daß die mehreren gleichzeitig berufenen Personen zu gleichen Teilen berufen werden, nach dem Prinzip: „so viele Köpfe, so viele gleiche Teile“, oder



2. in stirpes, d. h. Stammesteile, wobei die mehreren von einem Vorfahren abstammenden Berechtigten gleichsam einen Interessenten darstellen, d. h. den parens, von dem sie abstammen, und nun zusammen in den Anteil berufen werden, der dem parens zukommen würde, wenn er noch lebte. Diese Berechnungsweise kann sich durch verschiedene Generationen erstrecken, führt aber schließlich doch auch zur Kopfteilung.



3. Endlich kann angeordnet sein Teilung in lineas (Linealteilung), d. h. die Erbschaft wird zunächst in zwei Hälften zerlegt, zu deren einer die väterlichen, zu deren anderer die mütterlichen Vorfahren berufen werden.



Die sukzessive Berufung schreitet in allen Klassen zunächst vom näheren zum entfernteren Grade und geht erst nach Erschöpfung der Klasse zur folgenden Klasse über. Ursprünglich galt dies Prinzip der sukzessiven Berufung der Intestaterben nur bei der bonorum possessio; es ist erst durch Justinian in der Nov. 118 auf zivile Erbklassen übertragen worden.

Vgl. L. 89 D. de R. J. 50, 17: Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur. Pr. J. ht. III, 1: Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fuerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

L. n. § 2 D. de lib. et post. 28, 2: Haec verba: SI INTESTATO MORITUR ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.

Literatur: Vgl. Merkel, Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben. 1876. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 879.

§ 30. Die Erbfolgeordnung der XII Tafeln. (Legitima hereditas).

Im ältesten Recht kann von einer eigentlichen Erbfolgeordnung noch nicht die Rede sein, da das Prinzip der Hausgemeinschaft und die Fortsetzung der Hausherrschaft durch den „Anerben" ein so ausschließliches war, daß in Wahrheit eine unmittelbare Fortsetzung des Eigentums (continuatio dominii, s. oben S. 133 f.) stattfand. Der einzige echte Erbe war der suus, der ipso jure auch den Besitz fortsetzte.

Erst die XII Tafeln scheinen eine Erbfolgeordnung eingeführt oder wenigstens sanktioniert zu haben, indem sie in Ermangelung von sui den nächsten Agnaten, in Ermangelung eines Agnaten aber die Gentilen berufen.

1. Sui: Das Recht der Erstgeburt ist in den XII Tafeln verschwunden. Auch Weiber, Töchter und Enkelinnen hatten, solange sie suae blieben, nach den XII Tafeln dasselbe Recht, wie Männer; auch die in manu gewesene Ehefrau, die bekanntlich filiae loco stand. Neben näheren nahmen auch entferntere sui an der Beerbung des Hausvaters teil, falls das ihre Verwandtschaft vermittelnde nähere Hauskind verstorben oder emanzipiert war. Waren nur sui ersten Grades — Söhne und Töchter — beteiligt, so erbten sie nach Köpfen; waren entferntere — Enkel, Urenkel — beteiligt, so wurde nach Stämmen (in stirpes) geteilt.

2. Agnaten gleichen Grades erbten zusammen und teilten nach Köpfen. Nach der lex Voconia (s. oben S. 141) wurden nur die agnatischen Schwestern des Erblassers (consanguineae) berufen.

3. Erst in Ermangelung von Agnaten sukzedierten nicht, wie zunächst angenommen werden könnte, der Gentilenverband, gens (vgl. Bd. I S. 60 ff.), sondern die einzelnen Gentilen, Vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 884. Das Erbrecht der Gentilen war schon zu Gajus Zeit mit dem ganzen jus gentilicium abgekommen.

In legitimis hereditatibus successio non est d. h. es gab keine sukzessiven Berufungen zur Intestaterbfolge, keine successio ordinum et graduum, also weder ein Nachrücken der folgenden Erbklasse, wenn die vorangehende weggefallen war, noch auch in der Agnatenklasse ein Einrücken des ferneren Grades. Nach jus strictum wurde also im Falle des Nichtantrittes durch einen Agnaten — nur in der ersten Klasse vollzog sich der Erwerb ipso jure — die Erbschaft vakant, d. h. sofern nicht in solchem Falle ein prätorischer

Erbe die bonorum possessio erlangte oder die pro herede usucapio (S. 135 oben) sich vollzog oder auf eine in jure cessio hereditatis vorgenommen war, den Erbschaftsgläubigern überlassen.

Vgl. Ulpian XXVI, 1: Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui liberorum loco sunt. Si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est, fratres et sorores ex eodem patre. Si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est, cognatos virilis sexus, per mares descendentes, ejusdem familiae. Id enim cautum est lege XII tabularum: SI INTESTATUS MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO. — Si adgnatus defuncti non sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat his verbis: SI ADGNATUS NEC ESCIT, GFNTILES FAMILIAM HABENTO. — § 6. Ad feminas ultra consanguineorum gradum legitima hereditas non pertinet. Itaque soror fratri sororive legitima heres fit.

Ulpian Fr. XXV § 5. Si plures eodem gradu sunt agnati et — nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non datur. Paulus IV, 8 § 22: Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineorum successiones non admittentur, idque jure civile Voconiana ratione videtur affectum; ceterum lex XII tabularum sine ulla discretione sexus adgnatos admittit. Gajus III § 12: Nec in eo jure successio est: ideoque si adgnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit, decenerit, sequentibus nihil juris ex lege competit.

§ 31. Die prätorische Erbfolgeordnung (bonorum possessio).

Die Haupttendenz der prätorischen bonorum possessio ging dahin, dem streng aristokratischen Agnatenprinzip gegenüber Rechte der bloßen Blutsverwandschaft (Kognation) zur Geltung zu bringen.

Das prätorische Edikt stellte 4 Klassen auf und führte die successio ordinum ein d. h. bestimmte, daß die b. p. von der nächstfolgenden Klasse erbeten werden konnte, wenn innerhalb der bestimmten Frist niemand in der vorangehenden Klasse von ihr Gebrauch gemacht hatte.

1. In der ersten Klasse, die im Volksmund mit den Worten „unde liberi" bezeichnet wurde, wurden zur b. p. berufen alle Deszendenten, die sui gewesen wären, wenn eine capitis deminutio minima (S. 19 oben) noch nicht stattgefunden hätte, also auch die emanzipierten Kinder, und zwar, wie bei der legitima successio, in stirpes.

2. In der zweiten Klasse „unde legitimi" beruft das Edikt die gesetzlichen Erben d. h. die Erben nach jus civile, also an erster Stelle sui, an zweiter Stelle adgnati, an dritter Stelle gentiles.

3. In der dritten Klasse „unde cognati“ wurden die Blutsverwandten des Erblassers berufen, und zwar bis zum 6. Grade, aus dem 7. noch Kinder von Geschwisterkindern (der sobrino sobrinave natus). In dieser Klasse galt auch die successio graduum d. h., wenn die nächstberufenen Kognaten die b. p. versäumten, konnte sie von denen des folgenden Grades erbeten werden.

4. Unde vir et uxor: Erst an letzter Stelle, wenn kein erbberechtigter Verwandter von der b. p. Gebrauch machte, wurde die Erbschaft dem überlebenden Ehegatten deferiert ohne Rücksicht darauf, ob er mit dem Verstorbenen in einer Manusehe oder in einer freien Ehe gelebt hatte.

Zu 1: vgl. Ulpian XXVIII, 8: Liberis bonorum possessio datur tam his, qui in potestate usque in mortis tempus fuerunt, quam emancipatis; item adoptivis, non tamen in adoptionem datis; l. 1 § 6 D. 38, 6: Sed adoptivos hactenus admittimus si fuerint in potestate; ceterum si sui juris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis jura dissoluta sunt emancipatione (vgl. dazu S. 113 oben).

Zu 2: l. 2 § 4 D. 38, 7: Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex XII tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusveconsultum.

Zu 3: L. 1 § 3 D. unde cognati 38, 8.

Zu 4: Ulpian, l. m. pr. D. unde vir et uxor 38, 11.

§ 32. Cognatische Umgestaltung des zivilen Erbrechts durch Hadrian und Marc Aurel.

1. Das S. C. Tertullianum unter Hadrian verlieh der Mutter, welche das jus liberorum hatte, die bis dahin erst in der Klasse unde cognati zur b. p. berufen wurde, ein gesetzliches (ziviles) Erbrecht (hereditas legitima) in das Vermögen ihrer Kinder, welches dem aller Agnaten mit Ausnahme des Vaters und des frater consanguineus vorging. B. p. konnte sie jetzt in der Klasse der legitimi beantragen.

2. Umgekehrt verlieh das S. C. Orphitianum unter Marc Aurel den Kindern am Vermögen ihrer Mutter, für das sie bislang lediglich in der 3. Klasse des prätorischen Erbrechts die b. p. erbitten konnten, ein kognatisches gesetzliches Erbrecht vor allen Agnaten.

Vgl. dazu ausführlicher Vangerow, Pand. II, § 409 S. 33. — Diese kognatische Reform wurde durch spätere Konstitutionen Valentinians, Theodosius, Arcadius und von Justinian fortgesetzt. Diese Konstitutionen hier eingehender zu erörtern, erübrigt sich durch die ihre verhältnismäßig kurze Uebergangsperiode abschließende umfassende Erbrechtsreform Justinians.

§ 33. Die ordentliche Intestaterbfolge nach Justinian.

Die zunächst schüchtern vom Prätor im System der bonorum possessio begonnene, dann von einzelnen Kaisern durch unbedeutende Reformen der gesetzlichen Erbfolge (§ 32) weitergeführte Reform der Verwandtenerbfolge in der Richtung des rein kognatischen Prinzips ist von Justinian erst nach Abschluß seines großen Kodifikationswerks (des corpus juris, vgl. Bd. I S. 351 ff.) in der berühmten Novelle 118 vom Jahre 543, zu der die Novelle 127 vom Jahre 547 einen Nachtrag bildet, zum Abschluß gebracht worden. In den Institutionen, in den Digesten und im Kodex herrscht noch der im § 27 oben gekennzeichnete Dualismus; neben dem freilich durch Kaisergesetzgebung (§ 32) schon kognatisch beeinflußten gesetzlichen System steht hier noch das prätorische System der bonorum possessio, — ein freilich äußerst verworrener und kontroversenreicher Rechtszustand. Justinian wollte zweifellos diesen Zustand durch eine eingreifende Neuordnung beseitigen und unter ausschließlicher Zugrundelegung des Kognatenprinzips unter Beseitigung aller älteren Gesetze (Derogation) jeden Vorzug der Verwandtschaft durch den Mannesstamm vor der durch den Weiberstamm aufheben.[1] Gleichwohl ließ auch Justinian einen Rest der prätorischen Erbfolgeordnung, die bonorum possessio unde vir et uxor, bestehen und gab Anlaß zu einer der schlimmsten Streitfragen der Romanisten, nämlich zu der Kontroverse zwischen dem sogenannten Derogationssystem einerseits und dem Additional- oder Korrektionssystem andrerseits, die freilich erst für die den noch verworreneren Zustand des Noterbrechts (Nov. 115, vgl. § 43 ff. unten) praktisch erheblich wird.

Die Novelle 118 teilt alle erbfähigen Verwandten in 3 Klassen: Deszendenten, Aszendenten und Seitenverwandte, macht aber in der Klasse der letzteren einen Unterschied zwischen a) vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern, b) halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern, c) den übrigen Seitenverwandten und beruft die Abteilung a in der zweiten Klasse und die Abteilung b vor der Ab-

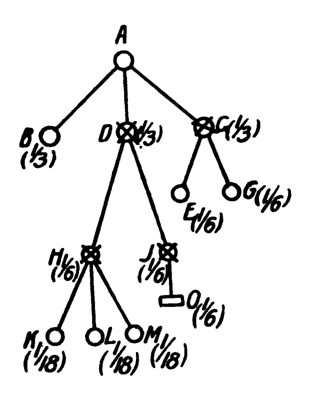
---

[1]) Nov. 118, praefatio: „necessarium esse perspeximus hac lege omnes simul successiones ab intestato clara et compendiosa distinctione definire ut cessantibus prioribus legibus, quae hac de causa lata sunt, in posterum ea solum observentur, quae nunc definimus.

teilung c, so daß sich der Sache nach 4 Klassen ergeben: 1. Deszendenten, 2. Aszendenten, vollbürtige Geschwister und deren Kinder, 3. halbbürtige Geschwister und deren Kinder, 4. die übrigen Seitenverwandten.

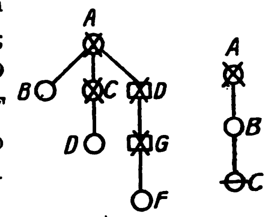
I. Klasse: Hier werden alle erbberechtigten Deszendenten des männlichen oder weiblichen Erblassers ohne Rücksicht auf die Nähe des Grades, in dem sie mit dem Erblasser verwandt sind, berufen. Doch schließt der noch lebende Nähere den Entfernteren aus, falls der Letztere bloß durch ihn mit dem Erblasser verwandt ist.[1])

Die Deszendenten werden in stirpes berufen und erst, wenn der Stamm sich nicht weiter verzweigt, in capita.



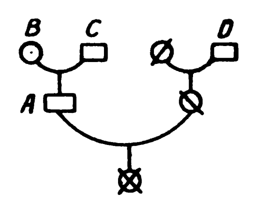
Auch solche Deszendenten werden berücksichtigt, die zur Zeit des Todes des Erblassers zwar konzipiert, aber noch nicht geboren sind (s. oben S. 17 f.). Ist die Geburt zur Zeit der Teilung noch nicht erfolgt, so werden vorläufig mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Drillingsgeburt 3 Teile zurückbehalten. Gleichgültig ist es, ob die Deszendenten in der väterlichen Gewalt des Erblassers gestanden haben oder nicht, also auch, ob der leibliche Deszendent

[1]) Hinterläßt *A* bloß einen Sohn *B* und durch diesen einen Enkel *C*, so beerbt ihn bloß der Sohn *B*; hinterläßt er aber einen Sohn *B* und einen Enkel *D* von einem verstorbenen Sohn *C* sowie einen Urenkel *F* von einer verstorbenen Tochter *D* und Enkelin *G*, so erben Sohn *(B)*, Enkel *(D)* und Urenkel *(F)* miteinander.



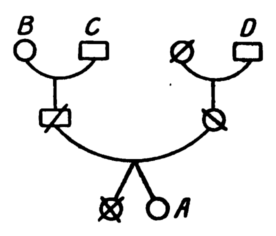
durch Adoption in aliena familia steht. Auch ein Haussohn wird in Ansehung seines eigenen Vermögens, wie eine persona sui juris beerbt, nur daß der Vater am peculium adventicium regulare lebenslänglichen Nießbrauch behält (s. oben S. 106).

II. Klasse. Hier werden berufen die Aszendenten, die vollbürtigen Geschwister und die Kinder der vollbürtigen Geschwister. Seit Nov. 127 können alle diese Verwandtenklassen bei einem und demselben Erbfall zusammentreffen, Geschwisterkinder jedoch nur dann teilnehmen, falls der Bruder, von dem oder die Schwester, von der sie abstammen, weggefallen ist. Im übrigen gilt hinsichtlich der Berufung und Teilung folgendes: a) Unter den Aszendenten entscheidet über die Berufung immer die Nähe des Grades, so daß z. B. eine Mutter den Großvater oder die Großmutter väterlicher Linie ausschließt.



A erhält alles.

b) In capita wird berufen und geteilt, wenn Aszendenten und Geschwister zusammen berufen sind, ferner wenn nur Geschwister berufen sind.

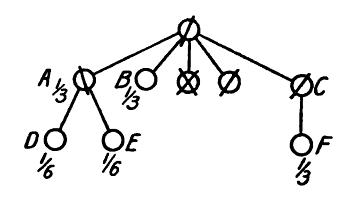


B, C, D, A jeder 1/4.

c) In stirpes berufen werden Geschwisterkinder, wenn sie mit Aszendenten oder Geschwistern zusammen erben.

Dagegen bildete es schon unter den Glossatoren eine Streitfrage, ob die Teilung nach Stämmen auch dann gewollt sei, wenn nur Neffen und Nichten des Erblassers von verschiedenen Geschwi-

stern berufen sind. Die von Accursius vertretene folgerechte Auslegung wurde merkwürdigerweise zugunsten derjenigen des Azo, der sich hier für eine Teilung nach Köpfen erklärte, durch den Reichsabschied von Speier vom Jahre 1529 gesetzlich verworfen.



III. Klasse: Berufen werden die halbbürtigen Geschwister und deren Kinder, letztere natürlich nur, wenn ihr parens nicht mehr lebt. Für die Teilung gilt dasselbe, wie in der II. Klasse.

IV. Klasse: Berufen werden alle Verwandten, soweit sie nicht schon in den drei ersten Klassen berufen sind, ohne Unterschied zwischen Voll- und Halbblütigkeit, nach der Nähe des Grades. Der nähere Grad schließt alle entfernteren unbedingt aus. Im übrigen ist der Verwandtschaftsberechnung keine Grenze gesetzt.

In allen vier Klassen gilt die successio graduum, d. h. wenn von denjenigen, welchen als näheren Verwandten die Erbfolge deferiert war, keiner erwirbt, so werden erst die des nächstfolgenden Grades derselben Klasse berufen; es gilt sodann die successio ordinum, d. h. erst, wenn entschieden ist, daß kein Verwandter der zunächst berufenen Klasse Erbe wird, wird die nächstfolgende Klasse berufen.

Ein mittelalterlicher Denkvers hat dieses keineswegs natürlich anmutende Erbfolgesystem dem Gedächtnis durch folgende schwerfällige Hexameter empfohlen:

1. Descendens omnis succedit in ordine primo;
2. Ascendens propior, germanus, filius ejus.
3. Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus.
   Hi cuncti in stirpes succedunt; in capita autem
   Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola,
   Cognatusque heres quem continet ultima classis.
4. Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Das BGB. und das Schweizerische Zivilgesetzbuch haben der Verwandtenerbfolge das natürlichere und leicht zu fassende System der sogenannten Parentelordnung zugrunde gelegt, welches den alten Grundsatz: „Das Gut rinnt, wie das Blut" folgerecht durchführt. Eine Parentel oder Linie, im BGB. Ordnung genannt, wird gebildet durch die Gesamtheit aller, die in gerader Linie von den-

selben Stammeltern abstammen. Die erste Parentel (Ordnung) bilden alle direkten Abkömmlinge des Erblassers, die zweite der Vater und die Mutter des Erblassers und deren Abkömmlinge, die dritte die Großeltern und deren Abkömmlinge usw. Mit der wichtigen Modifikation, daß diese Parentelen sich nicht auf den Mannesstamm beschränken, daß also an Stelle des Agnatenprinzips das kognatische Prinzip durchgeführt wird, erinnert diese Erbfolgeordnung an den in Bd. I S. 51 f. dargestellten Ahnenkreise. In den drei ersten Ordnungen des BGB. gilt das Repräsentationsprinzip d. h. jeder Abkömmling wird durch seinen noch lebenden Vorfahren ausgeschlossen, ferner die successio in stirpes. Von der 4. Ordnung an (Urgroßeltern und deren Deszendenz) entscheidet die Nähe des Grades allein und gilt die successio in capita. Vgl. BGB. §§ 1924—1930. Das BGB. kennt ebenfalls keine Schranke des Verwandtenerbrechts. Anders das Schweiz. Zivilgesetzbuch Art. 460 (mit dem Stamm der Urgroßeltern hört die Erbberechtigung der Blutsverwandten auf).

Vgl. zum Parentelsystem Huber, System des schweizerischen Privatrechts, ferner Verrey, Le système des Parentèles, Etude systematique et historique (Diss. Lausanne, 1906).

§ 34. Das Erbrecht der Ehegatten und das außerordentliche Erbrecht der armen Witwe.

1. Oben (S. 149) ist schon bemerkt worden, daß Justinian den Teil des Edikts „unde vir et uxor" als ehrwürdigen Rest der b. p. hat stehen lassen und ihm also — „es erben sich Gesetz und Rechte als eine ewige Krankheit fort", darf man hier mit Goethe wohl sagen —, durch seine Kodifikation eine Dauer verliehen, die gerade diese Bestimmung am wenigsten verdiente. Denn daß das Erbrecht der Ehegatten hinter dem des entferntesten Blutsverwandten zurücktreten konnte, war nur für ein Volk begreiflich, in dem, wie dies bei den Römern tatsächlich der Fall gewesen ist, das Testament so allgemein üblich war, daß Intestaterfolge einen seltenen Ausnahmefall bildete.

2. Immerhin hat Justinian die Ungerechtigkeit dieser Erbfolge nicht verkannt. In der Nov. 53 (c. 6) verlieh er daher zuerst dem dürftigen Ehegatten überhaupt ein außerordentliches Erbrecht neben Erben jeder Art, das er jedoch in der Nov. 117 (c. 5) auf die undotierte dürftige Witwe eines wohlhabenden Gatten einschränkte. Es ist bei der Dehnbarkeit dieser Begriffe unstreitig eine seiner ungeschicktesten Bestimmungen. Die Voraussetzungen der Anwendung der Novelle sind nur auf das Ermessen des Richters gestellt. Erbt die Witwe zusammen mit mehr als drei Kindern des Erblassers, so soll sie nur einen Kopfteil erhalten; erbt sie mit

eigenen Kindern zusammen, soll sie nur den Nießbrauch an deren Erbteil haben; in allen anderen Fällen darf sie ein Viertel des Nachlasses, niemals aber mehr als 100 Pfund Gold beanspruchen.

Vgl. Petri, Das Pflichtteilsrecht der armen Witwe (Diss. Straßberg 1874). Partikularrechtlich waren die Ehegatten übrigens auch in den meisten gemeinrechtlichen Ländern durch besondere Gesetze günstiger gestellt (sogenannte portio statutaria). Das BGB. regelt die Erbfolge der Ehegatten in § 1931 ($^1/_4$ neben Verwandten der 1. Ordnung, $^1/_2$ neben Verwandten der 2., verstärkt durch den Anteil der Abkömmlinge von Großeltern, das Ganze, wenn eine entferntere Parentel in Frage kommt). Im Schweizer Zivilgesetzbuch vgl. Art. 462.

§ 35. Das außerordentliche Erbrecht unehelicher Kinder am Nachlaß des unehelichen Vaters.

Uneheliche Kinder hatten ursprünglich nur ein Erbrecht gegenüber der Mutter und ihren Blutsverwandten, galten in juristischem Sinne als vaterlos (wegen Unsicherheit der Vaterschaft mangels der oben S. 102 erwähnten Rechtsvermutung).

Nachdem jedoch in der Kaiserzeit der Konkubinat als ein erlaubtes dauerndes Geschlechtsverhältnis ohne consensus maritalis anerkannt worden war und die aus einem solchem hervorgehenden Kinder als liberi naturales von den sogenannten vulgo quaesiti unterschieden wurden, hielt Justinian es für billig, auch den Konkubinenkindern ein außerordentliches Erbrecht auf $^1/_6$ des väterlichen Vermögens zu gewähren, wenn der Vater weder eheliche Kinder noch eine Ehefrau hinterließ. Die gemeinrechtliche Praxis hat dies auf alle anerkannten unehelichen Kinder ausgedehnt.

Vgl. P. Mayer, Der römische Konkubinat 1895; Mitteis, Zeitschrift der Sav.-Stift. Bd. 23 S. 308 ff.

Kapitel III.

Die testamentarische Erbfolge.

§ 36. Entwicklungsgeschichte des Testaments: Die Testamentsformen.

I. Das Testament als einseitige letztwillige und widerrufliche Verfügung von Todeswegen unter Einsetzung eines Erben ist eine allen anderen Völkern ursprünglich unbekannte eigentümliche Schöpfung des römischen Rechts. Die wichtigsten

äußeren Durchgangspunkte seiner Entwicklung d. h. der verschiedenen Formen, unter denen es im Laufe der Jahrhunderte errichtet werden konnte, sind uns zwar kein Geheimnis. Aber „die treibenden Kräfte“ (vgl. Bd. I S. 7 ff.), die moralischen und gesellschaftlichen Antriebe, die teils unbewußt teils bewußt diese Entwicklung bestimmt haben, sowie manche Einzelheiten der ersten Ansätze zu dem späteren eigentümlich römisch-rechtlichen Grundsatze der sogenannten Testierfreiheit bilden ein Problem der vergleichenden Rechtswissenschaft. Das System der Urzeit kannte zweifellos noch kein Testament in dem heutigen Sinne. Dagegen ist die Adoption, und zwar zunächst die Arrogation im engeren Sinne, die Aufnahme eines extraneus in die väterliche Gewalt, um sich einen künstlichen Leibeserben zu beschaffen, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Lebenden, ein in zahlreichen alten Volksrechten bekanntes Rechtsgeschäft mortis causa oder intuitu mortis, im Hinblick auf den Tod. Der psychologische Beweggrund dafür wird die beim Nichtvorhandensein eines natürlichen Erben berechtigte Sorge für die Erhaltung des Herdfeuers, des Todenkults gewesen sein (vgl. Bd. I S. 46, II S. 127 oben[1]). Da es jedoch für einen homo sui juris bedenklich war, auf seine Selbständigkeit zu verzichten und sich wieder in die Gewalt eines anderen zu begeben, so verfiel man vielleicht in einer Zeit, in der Kriege vielfach den männlichen Nachwuchs gelichtet und das Bedürfnis für Erhaltung der Familiensakra vermehrt hatten, auf den Gedanken, auch ohne sofortige Adoption einen Gesamtrechtsnachfolger bloß für den Todesfall ernennen zu dürfen, und dieser Gedanke bildete den ersten Keim des Testaments. Ursprünglich setzte dieses, da es sich um einen Akt von sakraler Bedeutung handelte, ebenso wie die Arrogation die Genehmigung des Pontifex, und eine lex curiata voraus. Die älteste Form des römischen Testament ist zweifellos:

1. das testamentum in comitiis calatis. Später zur bloß „residuären Form“ versteinert hatte es ursprünglich zweifellos die Bedeutung eines Individualgesetzes; es handelte sich um einen richtigen Antrag (eine Rogation) und das Volk stimmte ab. Zu einer bloßen Formalität wurden die Kuriatbeschlüsse erst nach dem Untergange des reinen Geschlechterstaats (Bd. I S. 23 ff.). — Mit Rücksicht auf die gerade im Kriege und zumal vor dem Beginn einer

---

[1]) Vgl. Fustel de Coulanges, La cité antique p. 55 f.

Schlacht sich steigernde Sorge für die Erhaltung der Familiensakra trat hierzu wohl schon frühzeitig als Ergänzung, — da anfänglich ja das Heer nur das Volk in Waffen war,

2. das testamentum in procinctu. — Während das test. in comitiis calatis ursprünglich nur für Patrizier möglich war, dürfen wir annehmen, daß an diesem Testamente auch die Plebejer von der Zeit an teilnahmen, seit der sie dem Heere eingegliedert waren (Bd. I S. 89 ff.). Hier trat schon, wenngleich anfänglich die auspices an Stelle der pontifices mitgewirkt haben mögen, in der Form die rein sakrale Bedeutung der Rechtshandlung zurück. Zugleich aber wird sich überhaupt mit dem durch das Eindringen des plebejischen Elements in die Staatsverfassung bedingten allmählichen Verblassen des religiösen Grundgedankens der rein wirtschaftliche Zweck des Testaments immer mehr in den Vordergrund gedrängt haben. Einen wichtigen Abschnitt in der Entwicklung deuten uns nun die XII Tafeln an, die wir ja in gewissem Sinne als magna charta der plebejischen Freiheiten bezeichnen können (Bd. I S. 156). Hier findet sich bereits der den Grundsatz der späteren unbedingten Testierfreiheit andeutende Satz: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. Zu beachten ist, daß die hier anerkannte Privatautonomie einer letzwilligen einseitigen Verfügung sich nur auf res nec mancipi (pecunia) bezieht (Bd. I S. 173) und die Vormundschaft erstreckt, nicht auf die mancipatio familiae.

3. Ob die älteste Form des Privattestaments, das testamentum per aes et libram (Manzipationstestament) schon zur Zeit der Annahme der XII Tafeln bekannt war, ist zweifelhaft. Jedenfalls aber ist diese Testamentsform ebenso wie die Ehe durch coemptio plebejischen Ursprungs, und erst mit Zulassung dieser Form hat der eigentümliche Gedanke der Testierfreiheit die Vorherrschaft im römischen Erbrecht erringen können, dieser Gedanke, den v. Ihering, Geist des römischen Rechts Buch III § 31, zutreffend als einen Zug der höchsten Anspannung des (individuellen) Machtbegriffs bezeichnet.[1]) Erst mit der Zulassung des Privattestaments errang das individualistische Alleineigentum den vollen Sieg über das (patrizische) Familienprinzip und das Familieneigentum.

---

[1]) v. Ihering a. a. O. S. 148: „Was er bestimmt, ist Rechtens! Solch ein Satz hat, soweit die Geschichte Kunde gibt, noch bei keinem Volke bestanden, weder vor Rom noch nach Rom. Daß er die Möglichkeit eines empörenden Unrechts gegen die Familie einschloß, wer möchte es leugnen?"

Sollte auch das Manzipationstestament, wie seine sehr altertümliche Formel vermuten läßt, älteren Ursprungs sein, so lag doch in der Urzeit noch in der ursprünglichen Bedeutung der Zeugenschaft (testis = Garantie)[1]) schon eine Garantie gegen ihren Mißbrauch. (Den Zeugen, die doch nur freiwillig mitwirkten und denen in jener Zeit der Inhalt des Testaments verlautbart werden mußte, war die Möglichkeit gegeben, verwerfliche Dispositionen zu verhindern, vgl. v. Ihering a. a. O. S. 148 f.). Auch das Manzipationstestament war, solange seine Form keine bloße Formalität geworden war, ein zweiseitiger Akt, bei dem der familiae emptor etwa die Rolle des Treuhänders im altfränkischen Rechte gespielt hat.[2]) Das Manzipationstestament war daher ursprünglich nur bestimmt, um indirekte Zuwendungen durch den Fiduziar (Treuhänder), also Vermächtnisse (Legate) zu ermöglichen.

Mit der Zeit verblaßte nun ebenso, wie beim test. in comitiis calatis die Mitwirkung des Volkes, auch beim Manzipationstestament die ursprüngliche Bedeutung des familiae emptor als Treuhänders und Testamentsvollstreckers. Der emptor wird wie der libripens ein bloßer Figurant und passiver Zeuge neben den ursprünglich als Garanten des Geschäfts hinzugetretenen fünf anderen Zeugen. Jetzt erst wird es zum Essentiale dieses Rechtsgeschäft, einen Erben zu ernennen, der die Stelle des fortgefallenen „Treuhänders" im Verhältnis zu den Legataren und Erbschaftsgläubigern einnimmt. Und damit ist erst der Begriff des Testaments der klassischen Zeit als eines „letztwilligen einseitigen und widerruflichen Rechtsgeschäfts von Todes wegen", in welchem der Erblasser einen Erben ernennt, vollendet.

Literatur: Vgl. Greif, De l'origine du Testament romain. Thèse. Paris 1888. Cucq, Recherches historiques sur le Testament per aes et libram. Nouv. Revue Historique 1886. Lambert, La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative, Paris 1901. Appleton, Le Testament romain, la Méthode du droit comparé et l'Authenticité des XII Tables. Paris 1903. Obrist, Essai sur les origines du Testament romain. Thèse. Lausanne 1906. Schulin, Das Griechische Testament verglichen mit dem Römischen. Basel 1882. Schirmer, Das Familienvermögen und die Entwicklung des Noterbrechts bei den Römern. Sav.-Zeitschr. Röm. Abt. 1881.

Aus den Quellen vgl. Gajus II § 101.

---

[1]) v. Ihering, Geist des römischen Rechts I S. 142; Lange, Römische Altertümer I S. 146.

[2]) Salman. (vgl. Heusler, Institutionen I S. 215).

Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa ad pugnam ibant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri (§ 102). Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam id est, patrimonium suum mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.

§ 103: Sed illa quidem duo genere testamentorum in desuetudinem abierunt; lex vero solum quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est, quia testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabatur testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquantur, alius, dicis gratia, propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. § 104. Eaque res ita agitur. Qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam. In qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIA PECUNIA TUA ENDO MANDATELAM CUSTODELAMQUE MEAM, QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adjiciunt, AENEAQUE LIBERA, ESTO MIHI EMPTA. Deinde aere percutit libram, idque aes dat testarori, velut pretii loco. Deinde testator, tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS QUIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE. Et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam dicere.

II. Das prätorische Recht machte weitere Fortschritte in der Abschwächung der ursprünglich noch auf eine gewisse Garantie gegen Mißbrauch berechneten Formen; das Edikt gab aus einem schriftlichen von sieben Zeugen gehörig besiegelten Testament (tabulae) ohne Rücksicht darauf, ob die Solennitäten der mancipatio und nuncupatio beobachtet waren, die b. p. secundum tabulas. Seit Antoninus Pius oder Marc Aurel wurde diese dem zivilen Erben anfänglich sine re erteilte b. p. eine solche cum re, also vollwirksam gegenüber den Intestaterben.

Kaiser-Konstitutionen führten neben dem Privattestament öffentliche Testamente (testamenta publica) ein, die entweder durch Protokoll vor einer öffentlichen Behörde (test. apud acta conditum sive judiciale) oder durch Ueberreichung an den Kaiser zur Aufbewahrung (test. principi oblatum) ohne weitere Solennität errichtet wurde. Die Soldatentestamente waren völlig formfrei.

§ 2. I. de test. ord. (2, 10). Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non erant necessaria. (§ 3). Sed cum paullatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus, coepit in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est et ex edicto praetoris, signacula testamentis imponerentur, ita ut hoc jus tripartitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu, testamenti celebrandi gratia, a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris.

III. Das Justinianische Recht bietet als Abschluß der Entwicklung, im wesentlichen auf der Grundlage der Vorschriften des Kaisers Theodosius (l. 21 Cod. 6, 23) folgende Testamentsformen:[1])

A. Ordentliche Testamente: 1. Das ordentliche Privattestament, das entweder mündlich oder schriftlich sein kann. Erforderlich ist persönliche Abgabe der letztwilligen Erklärung in Anwesenheit von 7 Solennitätszeugen (testes habiles,[2]) rogati, voluntarii); unitas loci und unitas acti (ununterbrochene Durchführung des Aktes).

a) Beim mündlichen Privattestament (test. nuncupativum) ist Niederschrift nicht erforderlich; wird sie vorgenommen, so heißt das Testament nuncupativum in scripturam redactum.

b) Beim schriftlichen — es kann vorher geschrieben sein — muß die Unterschrift vom Testator herrühren; kann er nicht schreiben, so ist für seine Handzeichen ein besonderer Unterschriftszeuge (octavus subscriptor) erforderlich. Die Zeugen müssen mitunterschreiben unter Beidruckung eines fremden oder eigenen Siegels.

2. Das öffentliche Testament d. h. entweder test. principi oblatum oder judiciale.

B. Außerordentliche Formen: Sie sind teils erschwerend, nämlich das Blindentestament, bei dem außer den 7 Zeugen noch ein Notar oder wenigstens ein achter Zeuge hinzuzuziehen ist,

---

[1]) Dieselben sind für das gemeine Recht noch durch die Reichs-Notariats-Ordnung von 1512 besonders erläutert worden.

[2]) Anfänglich nur männliche römische Bürger; gemeinrechtlich unfähig: Wahnsinnige, Taube, Stumme, erklärte Verschwender, Personen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, der eingesetzte Erbe selbst und die mit ihm oder dem Erblasser durch eine Gewalt verbundenen Personen.

teils erleichtert, wie z. B. das test. pestis tempore conditum, bei dem die unitas loci nicht erforderlich ist, das test. rure conditum, bei dem 5 Zeugen genügen.

Bei einem „Aszendententestament“ d. h. wenn der Erblasser nur seine Abkömmlinge bedenkt, — test. parentum inter liberos — genügt entweder mündliche Erklärung vor 2 Zeugen oder eigenhändiger schriftlicher Aufsatz des Testators.

Einzelne Streitfragen über die gemeinrechtliche Testamentsform haben jetzt nur noch antiquarisches Interesse. Vgl. Vangerow, Pand. II § 244.

Ueber die Testamentsformen des BGB. vgl. BGB. §§ 2231 ff. Das BGB. kennt ein ordentliches, öffentliches Testament (vor Richter oder Notar) und ein eigenhändig geschriebenes (holographes) Privattestament. Letzteres ist als eine bedenkliche Neuerung zu bezeichnen. (Schon Valentinian III. hatte es eingeführt, Justinian aber mit Recht wieder beseitigt). Endlich kennt auch das moderne deutsche Recht ein besonderes (privilegiertes) Militärtestament EG. z. BGB. Art. 44, Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874. Vgl. ferner Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 498—505. (Die Verfügungsformen).

§ 37. Voraussetzungen der Testamentserrichtung. Inhalt des Testaments.

Der Testator muß willensfähig sein, darf also nicht unmündig oder geisteskrank sein [1]; er muß aber nicht bloß die Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments haben, sondern auch wissen, daß er sie hat [2].

Wesentlich ist dem Testament seine Widerruflichkeit. Vertragsmäßige Bindung (Erbvertrag) und Verzicht auf Widerruflichkeit galt als contra bonos mores und war nichtig. Wesentlich ist ferner die Erbeseinsetzung, so daß, auch wenn diese durch Tod oder Ausschlagung des Erben oder sonst hinfällig wird, das ganze Testament ungültig wird. Die Willensbestimmung des Testators muß in besonders hohem Grade sicher und bestimmt sein; auf keinen Fall darf er die Erbeseinsetzung in die Willkür eines Dritten (arbitrium tertii) stellen.

Der Irrtum hat bei letzwilligen Verfügungen eingreifendere Wirkung, als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Auch der Irrtum im Beweggrunde ist bei Vermächtnissen zu berücksichtigen (si pro-

---

[1]) Im römischen Rechte war jedoch ein errichtetes Testament während eines sogenannten dilucidum intervallum gültig, — eine aus psychiatrischen Gründen bedenkliche Bestimmung.

[2]) L. 14, l. 15 D. h. 4, 28, 1.

betur, alias legaturus non fuisset, l. 72 § 6 D. 35, 1). Besonderes gilt auch für Bedingungen und Befristungen. Wegen des Grundsatzes: „Semel heres semper heres" sind auflösende Bedingungen (Resolutivbedingungen) bei der Erbeinsetzung unzulässig; ebenso der sogenannte dies, ad quem, die Erbeinsetzung für eine begrenzte Zeit. Der Wille darf auch nicht gegen die guten Sitten verstoßen; daher sind auch unsittliche Bedingungen unzulässig. Merkwürdigerweise machen aber solche unzulässige Bedingungen das Testament nicht als solches ungültig, sondern sollen ebenso wie überhaupt unmögliche Bedingungen „für nicht geschrieben" erachtet werden.[1]) (Eine Kritik dieser einem sogenannten favor testamenti entspringenden Behandlung würde hier zu weit führen, sie gehört in die von uns [vgl. S. 4 oben] hier ausgeschiedene juristische Prinzipienlehre). Aufschiebende Bedingungen sind, sofern sie nichts unmögliches oder unsittliches enthalten, an sich zulässig. Die Delation aber tritt erst mit ihrer Erfüllung ein. Da nun eine Erbschaft oder auch ein Vermächtnis nur einem Lebenden deferiert wird, (S. 140 oben), so galt die Erbeseinsetzung oder das Vermächtnis als vereitelt, wenn der Eingesetzte oder Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebte. Wenn nun eine Bedingung so beschaffen ist, daß ihr Eintritt sich erst mit dem Tode des Bedachten entscheiden kann, im übrigen aber vollkommen zulässig ist und nicht gestrichen werden kann (z. B. wenn X nicht diese oder jene unsittliche Handlung begeht, negative Potestativbedingung), so würde durch diese subtilitas juris offensichtlich die gesunde Vernunft verletzt werden. Daher erfand für diesen Fall schon der Jurist Q. Mucius Scaevola (Bd. I S. 301) die nach ihm benannte sogenannnte Cautio Muciana d. h. der Bedachte empfing das Zugewendete gegen das Stipulationsversprechen der Rückgewähr im Fall des Zuwiderhandelns noch bei Lebzeiten.

Unzulässig waren auch sogenannte kaptatorische Bedingungen d. h. die letztwillige Zuwendung durfte nicht unter der Bedingung erfolgen, daß der Bedachte seinerseits den Testator oder einen bestimmten anderen bedenke; eine solche Zuwendung war nichtig. Die Römer kannten daher kein sogenanntes korrespektives (wechselseitiges) Testament. Anfänglich (in der klassischen

[1]) L. 3 D. 35, 1: Obtinuit impossibiles conditiones in testamento adscriptas pro nullis esse habendas.

Zeit) mußte die Erbeseinsetzung selbst in bestimmten befehlenden Formeln geschehen („heres esto“, „heredem esse jubeo“, ebenso waren die Legate an besondere Formeln geknüpft „do lego“, „damnas esto“. Es hängt mit dem Schwinden des nationalen Formsinns und des Verständnisses für dessen Vorzüge (Bd. I S. 317) zusammen, daß Konstantin II. diese Bestimmungen aufhob und auf die allgemeinen Auslegungsgrundsätze verwies.

Vgl. l. 1 D. qui testamenta facere possunt, 18, 1: Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

L. 4 D. de adimendis vel transferendis legatis 34, 4: Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.

Ulpian, tit. 24 § 15: Ante heredis institutionem legari non postest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipiet et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.

Ulpian Fr. tit. XXI § 1. Heres institui recte potest his verbis: Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse jubeo. Illa autem institutio: heredem instituo, heredem facio, plerisque improbata est.

L. 5 C. de testamentis 6, 23: Constantinus ad populum: Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. Nec enim interest, si dicatur „heredem facio“ vel „instituo“ vel „volo“ vel „mando“ vel „cupio“ vel „esto“ vel „erit“, sed quibuslibet confecta sententia, quolibet loquendi genere formata institutio váleat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit.

§ 9 J. de hered. inst. 2, 14: Heres et pure et sub conditione institui potest: ex certo tempore aut ad certum tempus non potest. § 10: Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur.

§ 38. Die Substitutionen. Das Anwachsungsrecht. Reduktionen. Heres ex re certa.

I. Ein besonderer Fall der bedingten Erbeinsetzung (vgl. oben S. 161) ist die Substitution, die Einsetzung eines Erben für den Fall, daß der an erster Stelle eingesetzte nicht Erbe wird (plures gradus heredum facere); der an erster Stelle, also unbedingt eingesetzte Erbe heißt heres primus, der ihm substituierte heres secundi gradus usw. Der Zweck dieser auch im heutigen Rechte üblichen eventuellen Einsetzung ist natürlich vor allem der, Personen zu bezeichnen, an die beim Wegfall des einen oder anderen die Erbschaft fallen soll vor Eintritt des sogenannten Anwachsungsrechts (s. unten II)

oder des Anfalls an die Intestaterben oder gar den Fiskus. Im klassischen Recht konnte dazu noch der Zweck kommen, die Erbschaftsantretung zu beschleunigen und die Kaduzität (S. 142 oben) zu verhindern. Wenn jemand mehreren Erben oder sukzessiv Berufenen (Substituten) substituiert ist, so gilt der Auslegungsgrundsatz: „Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto" d. h. erst wenn alle wegfallen, tritt die Bedingung ein; die Kette schließt sich also von selbst, wenn ein Zwischenglied ausfällt [1]).

Von dieser sogenannten substitutio vulgaris ist der Fall der sogenannten Pupillarsubstitution, als besonderer Ausfluß der väterlichen Gewalt grundsätzlich verschieden. Der Vater kann, wenn er selbst über sein Vermögen verfügt, seinem suus impubes einen Erben ernennen sei es in demselben, sei es auch in einem besonderen nachfolgenden Testamente; ein formell selbständiges Testament gilt aber als pars et sequela der primae tabulae. Die Auslegungsregel für Vulgarsubstitution: „substitutus substituto est substitutus instituto" findet auf die Pupillarsubstitution keine Anwendung; wenn z. B. der Erblasser seinen Sohn zum Erben einsetzt, dem Sohne seine Tochter pupillariter substituiert und diese Tochter wiederum einen Dritten, so wird letzterem nicht deferiert, wenn zuerst die Tochter früher stirbt, als der Sohn [2]).

Justinian endlich hat dieses Prinzip der Pupillarsubstitution dahin ausgedehnt, daß überhaupt Eltern für geisteskranke Kinder ad exemplum pupillaris substitutionis Erben ernennen dürfen (Quasipupillarsubstitution).

II. Der Erblasser kann mehrere Personen als Erben bezeichnen (vgl. oben S. 128). In Ansehung des teilbaren Nachlasses entstehen dann durch die Konkurrenz in der Gesamtrechtsnachfolge Quotenteile, ideelle Teile (partes pro indiviso). Die Quoten können ausdrücklich bestimmt werden, aber auch stillschweigend, so daß sie aus dem Zusammenhang zu entnehmen sind. Dies ist dann der Fall, wenn zwei oder mehrere Erben in eine solche Verbindung (conjunctio) gebracht sind, daß sie als gemeinschaftlich zu einer Quote berufen erscheinen. Auch diese Verbindung kann wieder eine ausdrückliche sein (verbis conjunctio) oder

---

1) L. 27 D. 41 pr. D. h. t. 28, 6.

2) „Das Pupillarsubstitut des Pupillarsubstituten ist es nicht dem, welchem dieser ist", Puchta, Pand. III § 478.

aber eine bloß sachlich konkludente (re conjunctio), oder beides (re et verbis conjunctio).

Möglicherweise kann eine Berichtigung der Teilbestimmungen nötig werden:

1. wenn nachträglich eine der berufenen Personen wegfällt, so „akkresziert“ der Teil des Weggefallenen den übrigen Miterben nach Verhältnis ihrer Quoten. Der Satz: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ verbietet nämlich, die Intestaterben an die Stelle des Weggefallenen zu berufen.

2. Wenn der Erblasser bei allen Berufungen Teilbestimmungen hinzugefügt hat, die aber zusammen kein Ganzes ergeben, so wird angenommen, daß die Quoten nur das gegenseitige Verhältnis der Erbteilung angeben sollen; die größeren Quoten sind alsdann demgemäß zu berechnen.

3. Umgekehrt findet eine rechnerische Reduktion statt, wenn der Erblasser mehr verteilt hat als ein Ganzes. Doch ist in letzterem Falle vorher zu prüfen, ob nicht etwa die Erblasser durch die späteren Berufungen die früheren zum Teil widerrufen wollte.

Die Römer teilten die Erbschaft wie jede andere Einheit als As. As war das römische Pfund und die Grundmünze. Der heutzutage oft (unjuristisch) als „Universalerbe“ bezeichnete Alleinerbe hieß daher heres ex asse. Der As wurde nach Duodezimalrechnung eingeteilt mit folgenden Benennungen: uncia = 1/2, sextans = 2/12 = 1/6, quadrans = 3/12 = 1/4, triens = 4/12 = 1/3, quincunx = 5/12, semis = 6/12 = 1/2, septunx = 7/12, bes = 8/12 = 2/3, dodrans = 9/12 = 3/4, dextans = 10/12 = 5/6, deunx = 11/12. Wenn nun zur Berichtigung einer Erbquote der Nenner vergrößert werden mußte, so hieß es: ex asse fit dupondius (24), tripondius (36) usw.; waren also z. B. 19 zu je 1/12 eingesetzt, so zählte man, um zu reduzieren, 5 zu 19 hinzu (= 24 = Dupondius) und multiplizierte 19 mit 24 = 456 (Generalmunero), so daß nun jeder 19/456 als Erbteil erhielt.

III. Dem Wesen des Testaments widerspricht es, wenn die Berufung zum Erben als Berufung auf einzelne Bestandteile des Nachlasses auftritt. Denn die Erbfolge ist ja successio in omne jus defuncti (oben S. 127). Eine heredis institutio ex re certa war daher als solche ungültig. Der Zusatz wurde als nicht vorhanden betrachtet („detrahiert“). War jedoch die Beschränkung offenbar in der Absicht erfolgt, irgendeiner anderen Person den übrigen Nachlaß abzüglich der res certa zuzuwenden, so wurde darin die Anwendung eines Universalfideikommisses für jene gesehen (oben S. 130 f.). Der heres ex re certa galt dann einerseits als wirklicher Erbe, weshalb in seiner Person das Anwachsungsrecht begründet war,

er durfte auch die quarta Falcidia (unten § 40, II) abziehen; andrerseits aber erhielt er die res certa als Singularvermächtnis (unten § 40, III).

Quellenstellen: L. 37 D. de adquirenda vel omittenda hereditate 26, 2: Heres in omne jus mortui, non tantum in singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

L. 36 D. de hered. test. 28, 5: Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet; sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt, heredes portio ejus pertinet.

Das Testament des modernen Rechts entspricht nicht mehr dem römischrechtlichen Testamentsbegriff; denn eine Erbeseinsetzung ist nicht mehr erforderlich. BGB. § 1937. Jede einseitige Verfügung von Todes wegen heißt jetzt Testament. Wegen des sonstigen Inhalts, der Nebenbestimmungen, Bedingungen usw. vgl. BGB. §§ 2065 ff. Der Grundsatz: „semel heres semper heres" ist durchbrochen durch die Möglichkeit einer sogenannten Nacherbschaft, BGB. §§ 2100 ff. Ebenso gilt nicht mehr der Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Delation; daher Anwachsungsrecht nur, wenn dies dem Willen des Erblassers entspricht. BGB. § 2089. Wegen der Substitutionen vgl. BGB. §§ 2096 ff. (Ersatzerbe). Die Pupillar- und Quasipupillarsubstitution ist abgeschafft.

Vgl. im Schweizer. Gesetzbuch Art. 487, 488—492.

§ 39. Vermächtnisse (Legate), Kodizille, Fideikommisse.

1. Das Vermächtnis (vgl. oben S. 130, § 25, 2) ist die Zuwendung (zur Singularsukzession) eines Vermögensvorteils auf Kosten des Nachlasses. Nach ältestem Recht konnte ein Vermächtnis (legatum) nur im Testamente selbst angeordnet werden, und zwar mußte die Anordnung in bestimmten Formeln erfolgen. Es gab vier verschiedene Legatsformen: a) legatum per vindicationem (do, lego); b) legatum per damnationem (damnas esto); b) legatum per praeceptionem (praecipito); d) legatum sinendi modo (sinito).

Durch die Form a wurde der Legatar ermächtigt, gegen den Erben, sobald er die Erbschaft angetreten hatte, sofort die Vindikationsklage anzustellen; ihm war damit unmittelbar das Eigentum oder etwa ein Servitut an einer dem Erblasser ex jure Quiritium gehörigen Sache zugefallen. Dagegen gewährten die Formen b und d ein bloßes Forderungsrecht. Die Form c (das Praeceptionslegat) galt nur für Vermächtnisse zugunsten von Miterben (sogenannte Prälegate) und begründete eine Pflicht der Miterben im judicium familiae erciscundae dem Bedachten, die Sache neben seinem Erbteile zu überlassen.

Schon das S. C. Neronianum erklärte jedes Legat, welches als Damnationslegat bestehen würde, für gültig. Konstantins Söhne

erklärten die observantia verborum für unnötig (oben S. 162) und schließlich hob Justinian die Unterscheidungen völlig auf und erklärte, daß jeder Vermächtnisnehmer, sobald das Vermächtnis fällig sei, sofern dessen Gegenstand eine Nachlaßsache bilde, unmittelbar Eigentum erwerben, überhaupt dingliche Ansprüche geltend machen könne, in allen Fällen aber ferner auch eine persönliche Forderung (actio legati) gegen den Belasteten erlange.

2. Im Gegensatze zum Legat war Fideicommissum, wie schon der Name besagt, ursprünglich nur eine dem Erben oder sonstigen Belasteten (fiduciarius) lediglich ins Gewissen verstellte, ihn rechtlich nicht zwingende bittweise Anordnung, dem Bedachten (Honorierten, fideicommissarius) etwas zuzuwenden. Ursprünglich hing die Erfüllung solcher formloser Zuwendungen allein von der Pietät des Belasteten (Onerierten) ab.

Die regelmäßige Form eines Fideikommisses war ein einfacher Brief an den Beschwerten (codicilli). Erst unter Augustus wurde mittelst extraordinaria cognitio (Bd. I S. 316, 359) dem so formlos ausgesprochenen Willen des Erblassers in einzelnen Fällen Rechtszwang verschafft und hieraus entwickelte sich allmählich ein regelmäßiger Rechtsschutz für alle Fideikommisse (praetor fideicommissarius) und somit die Anerkennung des Fideikommisses als eines besonderen Rechtsinstituts.

Ein Fideikommiß konnte auch außerhalb eines Testaments und ohne Testament zu Lasten der Intestaterben, ja sogar eines Nichterben z. B. einem Legatus auferlegt werden; es konnte sogar wiederum einem Fideikommissar selber ein weiteres Fideikommiß auferlegt werden, überhaupt jedem, der von dem Testator etwas von Todes wegen erhielt.

Andrerseits wurde schließlich ihre anfängliche Formlosigkeit beseitigt. Kaiser Konstantin schrieb zuerst für Intestatkodizille, dann Theodosius II. für alle Kodizille eine Form vor: die Zuziehung von 5 Zeugen.

Wegen der Abschwächung der Legatsformen beschränkte sich seitdem der Unterschied zwischen legata und fideicommissa praktisch darauf, daß erstere die einem testamentarischen Erben, letztere die einem Legatar oder Fideikommissar auferlegten und die ab intestato hinterlassenen Vermächtnisse waren. Justinian endlich hat Legate und Fideikommisse völlig verschmolzen.

Jedes Vermächtnis soll nach ihm die Vorzüge des Legates und Fideikommisses vereinigen (L. 2 C. communia de legatis 6, 43).

Literatur: Danz, in Lindes Zeitschr. Bd. 9 Nr. 8. Brückner, Zur Geschichte des Fideikommisses 1893. Mitteis, Römisches Privatrecht I S. 196, 288.

Quellenstellen: Ulp. Fr. XXIV § 1. Legatum est, quod legis modo id est imperative testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur. (§ 2). Legamus autem quatuor modis, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem. (§ 3). Per vindicationem his verbis legamus: do, lego, capito sumito, sibi habeto. (§ 4). Per damnationem his verbis: heres meus damnas esto dare, facito, heredem meum dare jubeo. (§ 5). Sinendi modo ita: heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium sumere illam rem sibique habere (§ 6). Per praeceptionem sic: Lucius Titius illam rem praecipito. (§ 7). Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex jure Quiritium testatoris fuerunt, mortis et quando testamentum faciebat, praeterquam si pondere, mensura, numero contineantur; in his enim satis est, si vel mortis duntaxat tempore ejus fuerint ex jure Quiritium. (§ 8). Per damnationem omnes res legari possunt, etiam quae non sunt testatoris, dummodo tales sint, quae dari possint. (§ 15). Sinendi modo legari possunt res propriae testatoris et heredis ejus. (§ 11). Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem. (§ 11 a). Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet juri civili non valeat legatum, tamen Senatusconsulto Neroniano confirmatur, quo cautum est, ut, quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset. Optimum autem jus legati per damnationem est. (§ 15). Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit. (§ 20). A legatario legari non potest.

L. 1 de reg. Cat. (34, 7). Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.

Pr. § 1 J. de codic. 2, 25: Ante Augusti tempora constat jus codicillorum non fuisse, sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit fideicommissum, ut faceret aliquid; et cum D. Augustus voluntatem ejus implerisset, deinceps reliqui auctoritatem eius secuti fideicommissa praestabant et filia Lentuli legata, quae iure non debebat, solvit. Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius tunc auctoritas maxima erat, et quaesiisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, . . ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset, iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur. — Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur; sed D. Severus et Antoninus rescripserunt, ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse.

L. 8 pr. D. eodem 29, 7: Paulus: conficiuntur codicilli quattuor modis: aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento.

Ulpian Fr. XXV § 1. Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.

§ 1. I. de codicillis (2, 25). Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. (§ 2). Codicillis autem hereditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi. (§ 3). Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solennitatem ordinationis desiderant.

C. 1 D. de leg. I (30): Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.

Das sogenannte Oralfideikommiß: „Um den Augustus, der die Kodizille überhaupt zuerst rechtskräftig machte, an Liberalität noch zu übertreffen" (v. Vering, Inst. S. 587), hat Justinian noch das sogenannte Oralfideikommiß eingeführt, dessen Form einzig in einer unmittelbaren schriftlichen oder mündlichen Mitteilung des Erblassers an den Beschwerten besteht. L. 32 Cod. de fideicommiss. 6, 42; § 12 J. II, 23, der Beweis kann nur durch Eideszuschiebung geführt werden („quod nihil tale a testatore audivit"). Vorher hat Kläger selbst den Gefährdeeid zu schwören (Bd. I S. 277). Das BGB. kennt keine Kodizille mehr; vielmehr ist das Testament des BGB. selbst, dessen Inhalt jetzt völlig freigegeben worden ist, wie Sohm zutreffend sagt, das zum „Testament" entwickelte Kodizill. Daher bedarf es jetzt auch keiner sogenannten Kodizillarklausel mehr, um einem Testamente mittelst sogenannten conversio actus juridici für den Fall, daß es als Testament z. B. wegen Fortfalls des Erben ungültig werden sollte, seine Bedeutung als Kodizill zu retten. Vgl. dazu Dernburg, Pand. III, § 95.

§ 40. Gegenstand der Vermächtnisse und Beschränkung der Vermächtnisse. Das Universalfideikommiß.

I. Gegenstand eines Vermächtnisses kann alles sein, was dem Bedachten einen vermögensrechtlichen Vorteil bietet. Man unterscheidet darnach: 1. Sachvermächtnis und zwar entweder species legata oder genus legatum, je nachdem eine bestimmte Einzelsache oder nur eine der Gattung nach bestimmte Sache vermacht ist; auch fremde Sachen können vermacht werden (sogenanntes Verschaffungsvermächtnis). 2. Vermächtnis einer Forderung (legatum nominis); die Forderung des Erblassers geht dann ipso jure auf den Bedachten über. 3. Befreiungsvermächtnis (liberatio legata). Der Bedachte soll von einer Schuld befreit werden; handelt es sich um eine Schuld gegenüber dem Erblasser oder dem Erben, so erfolgt diese Befreiung ebenfalls ipso jure. 4. Legatum debiti (Schuld-

vermächtnis): Hier vermacht der Schuldner seinem Gläubiger die „Haftung“ dessen, was er ihm schuldet. Dies konnte eine praktische Bedeutung haben, weil dem Gläubiger dadurch die Privilegien der Vermächtnisse z. B. das durch Justinian dafür an den Nachlaßobjekten gewährte gesetzliche Pfandrecht, die actio legati, die missio legatorum servandorum causa zugute kamen. 5. Das Wahlvermächtnis: Im Zweifel hatte dann der Bedachte die Wahl, z. B. zwischen mehreren Nachlaßsachen.

II. Beschränkungen. Der ursprüngliche Zweck der Vermächtnisse war zweifellos der einer Ausgleichung innerhalb der Familie: „Einem der Söhne das Erbe zu überlassen, war in Rom wie heute vielfach wirtschaftlich und sozial gerechtfertigt. Die Ausgleichung geschah durch Legate an die übrigen Familienglieder. Der Witwe namentlich wurde ihre dos und das zu ihrem persönlichen Gebrauche angeschaffte herkömmlicherweise legiert; Töchter, Enkel und andere Familienglieder erhielten Abfindungen in Form von Legaten“. (Dernburg, Pand. III § 100). Allein mit dem Schwinden des Familiensinns unter dem Einfluß des Sittenverfalls (Bd. I S. 266 ff.) trat schon gegen Ende der Republik ein Mißbrauch der unbeschränkten letztwilligen Dispositionsfreiheit zutage, der mit einer besonderen Eitelkeit des Römers zusammenhing, gerade noch bei seinem Hinscheiden viel von sich reden zu machen und durch eine oft durchaus unangemessene Liberalität seiner testamentarischen Anordnungen zu glänzen. Während ursprünglich das Testament dem ernsten religiösen Zwecke diente, den Familienkult und die Familie zu erhalten, so wurde es jetzt mißbraucht, um sich durch „Honorierung“ aller möglichen, vornehmen Persönlichkeiten, zu denen man oft kaum auch nur freundschaftliche Beziehungen gehabt hatte, selber zu ehren. Zweifellos erwarben berühmte Männer, wie Cicero, einen großen Vermögenszuwachs, abgesehen von Schenkungen (Bd. I S. 269), auch durch Legate und Fideikommisse. In demselben vormundschaftlichen Geiste, in dem die lex Cincia übermäßige Schenkungen bekämpfte, versuchten daher schon in republikanischer Zeit einzelne Gesetze der schrankenlosen Testierfreiheit, die oft den Erben zum Verzicht auf den Antritt der dadurch erschöpften Erbschaft veranlaßten, ein Ziel zu setzen. So bestimmte zunächst die lex Furia (ein Plebiszit), daß außer Blutsverwandten bis zum 6. Grade und Sobrinenkindern niemand ein Legat oder sonstige Zuwendung von Todes wegen über 1000 Asse annehmen solle, bei Strafe des Vier-

fachen; die lex Voconia, ebenfalls ein Plebiszit, milderte dies, indem sie Legate innerhalb der ersten Zensusklasse bis zum Betrage des Erbteils zuließ. Als aber im Jahre 50 n. Chr. eine Erbschaftssteuer auf testamentarische Erbschaften eingeführt wurde, brachte der Volkstribun P. Falcidius zur Milderung dieser Maßregel ein Gesetz durch, daß dem Erben mindestens $^1/_4$ des Nachlasses, die nach ihm benannte quarta Falcidia von Legaten frei verbleiben müsse.

Das S. C. Pegasianum (75 n. Chr.) dehnte dies auf Fideikommisse aus, und Divus Pius verlieh das Recht des Abzugs der quarta Falcidia auch den Intestaterben. Die Minderung der Legate erfolgt pro rata; der Berechnung der Quart wird der Bestand des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers nach Abzug der Erbschaftsschulden zugrunde gelegt. Ursprünglich hatte das Gesetz zwingende Geltung. Durch seine Novelle 1. hat jedoch Justinian dem Gesetze seine zwingende Bedeutung genommen und dem Testator gestattet, den Abzug der Quart auszuschließen.

III. Der Universalfideikommiß. Gegenstand eines Fideikommisses konnte auch die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben sein (partitio legata). Anfangs wurde in diesem Falle an der indirekten Natur des Vermächtnisses festgehalten. Der Fiduziar wurde auch nach der Restitution noch als Erbe behandelt und konnte sich gegen die Nachteile dieser Rechtsstellung nur dadurch sichern, daß er mit dem Fiduziar bei der Restitution einen Scheinkauf (mancipatio nummo uno) abschloß, bei dem ihm durch besondere Stipulationen die Schadloshaltung wegen seiner Schuldenhaftung gewährleistet wurde. Im Jahre 62 n. Chr. legte jedoch das S. C. Trebellianum der Restitutionswirkung des fiduziarischen Erben die Wirkung bei, daß nunmehr der Fideikommissar einerseits ohne weiteres (ohne besondere Abtretung der Einzelansprüche) mit einer actio utilis klagen und andrerseits selbst aus den Schulden des Erblassers mit einer actio utilis belangt werden konnte. Tatsächlich trat seitdem der Fideikommissar in locum heredis und der Fiduziarerbe war nur noch dem Namen nach Erbe.

Damit war aus dem folgerechten Bau des alten zivilen Erbrechts sozusagen der Eckstein entfernt. Da ein Fideikommiß die Beifügung einer Resolutivbedingung nicht ausschließt, da es auch einen dies a quo zuläßt, ebenso wie einen dies ad quem (s. oben S. 161), so war damit der Grundsatz: Semel heres semper heres

(s. oben S. 132 [2]) durchbrochen. Tatsächlich war jetzt eine von den Schranken des zivilen Erbrechts völlig befreite Gesamtrechtsnachfolge ermöglicht. In einer, wie Dernburg (Pand. III § 66) bemerkt, allerdings wenig geschickten Weise griff nun wieder das S. C. Pegasianum (75 n. Chr.) in diese Entwicklung ein. Es verordnete für den Fall, daß der fiduziarische Erbe den Erbschaftsantritt verweigerte, prätorischen Zwang zum Antritt auf Antrag des Fideikommissars; für den Fall freiwilligen Antritts verlieh es aber auch dem Universalfiduziar das Recht zum Abzug der quarta Falcidia, die in diesem Falle quarta Trebelliana genannt wurde; es bestimmte aber, daß im Falle des Abzugs der Quart wiederum nur Singularsukzession eintreten und also zur Sicherung des Fiduziars die beim legatum partitionis üblichen stipulationes partis et pro parte erforderlich seien.[1]) Der Erbe hatte jetzt die Wahl, das Universalfideikommiß ex S. C. Trebelliano oder ex S. C. Pegasiano zu restituieren. Diesem Zustande machte Justinian ein Ende. Er verschmolz beide Senatsbeschlüsse; er bestimmte, daß in allen Fällen ex Trebelliano zu restituieren sei, daß aber auch bei Abzug der Quart der Fideikommissar für die restituierten $^{3}/_{4}$ Gesamtrechtsnachfolger werde, zu diesem Teile also auch für die Schulden des Erblassers gesetzlich hafte.

Quellenstellen: Vgl. zu 2. § 1. I. de sin. reb. (2. 24). Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit. Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.

Gajus II § 224. Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis. Idque lex duodecim tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: uti legassit suae rei, ita jus esto. Quare, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur. (§ 225.) Itaque lata est lex Furia qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit, quod voluit. Qui enim verbi gratia quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat, quinque hominibus singulis millenos asses legando, totum patrimonium erogare. (§ 226.) Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur. Nam, in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi hujus

---

[1]) Dies läßt sich nur daraus erklären, daß sich die Vorschriften des S. C. Pegasianum noch nicht eingelebt hatten und mit Mißtrauen betrachtet wurden (Dernburg a. a. O.).

lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. (§ 227.) Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus legare liceat quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc nunc jure utimur.

Ulpian Fr. XXIV, 25. Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, ut puta: Maevius heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito. Quo causa dimidia pars bonorum legata videtur. Potest autem et alia pars velut tertia vel quarta legari. Quae species partitio appellatur.

§ 2. I. de fid. her. (2. 23.) In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituatur ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Cum aliquis scripserit: Lucius Titius heres esto, poterit adjicere: rogo te, Luci Titi, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas, restituas. Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare, et liberum est, vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum vel ex die certo. (§ 3). Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilo minus heres permanet; is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.

Mit einem Fideikommiß, auch mit einem Universalfideikommiß kann auch jemand bedacht werden, der zur Zeit des Todes noch nicht in rerum natura ist (S. 140 oben).

Es ist interessant, daß die unbeschränkte Möglichkeit der Substitution bei Vermächtnissen auch für den Fall, daß der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis wirklich erwerben würde (fideicommissum successionum), sogar auf dem Boden des schließlich so vollständig atomisierten Erbrechts der römischen Verfallzeit dem wertvollen Gedanken eines Familienfideikommisses Raum verschaffte Der Erblasser konnte geradezu bestimmen, daß eine Sache oder Summe oder eine Quote seines Nachlasses als beständiges Vermächtnis bei seiner Familie bleiben solle. Dieses römisch-rechtliche Familienfideikommiß ist aber ein gebrechliches Institut, da es durch Einwilligung in die Veräußerung jederzeit aufgehoben werden kann. Das deutsch-rechtliche Familienfideikommiß, für dessen Erweiterung im Sinne eines Heimstättenrechts ich in meinen „Natürliche Grundlagen des Rechts und der Politik“ S. 213 eingetreten bin, wurzelt unmittelbar in dem gesunden Rechtsgedanken des Kollektiveigentums der Familie. Vgl. zur Heimstättenfrage vor allem La Réforme soziale, Paris 1904. Ueber das deutsch-rechtliche Familienfideikommiß Dr. P. Hager, Familienfideikommisse, Jena 1897.

Wegen des sukzessiven Vermächtnisses vgl. im BGB. §§ 2100 ff. (Nacherbschaft). Schweizer Zivilgesetzbuch Art. 545.

Mortis causa capio: Unter dieser Bezeichnung versteht man eine Reihe von Erwerbungen von Todes wegen, die unter keinem anderen gemeinsamen Gesichtspunkt fallen, als daß sie gelegentlich des Todes einer Person gemacht werden, ohne als Erbfolge oder als Vermächtnis oder Schenkung von Todes wegen gelten zu können, so z. B. was ein Dritter vom Erben oder Legatar bei Erfüllung einer Bedingung (condicionis implendae causa) empfängt. Im weiteren Sinne zählt man dazu oft auch die donatio m. c. Letztere kann, falls sie das Schenkungsmaß übersteigt (Bd. I S. 269 vgl. unten Buch V), ohne Insinuation auch in Kodizillarform gültig errichtet werden.

§ 41. Ungültigkeit und Widerruf der Testamente und Vermächtnisse.

I. Ein Testament kann entweder ipso jure nichtig oder bloß anfechtbar sein. Von Anfang an null und nichtig ist es, wenn die erforderliche Form nicht beachtet wird, oder wenn Testator nicht zur Testamentserrichtung fähig ist, oder wenn keine gültige Erbeinsetzung vorliegt. (Im ersten und letzten Falle konnte es durch die Kodizillarklausel, vgl. oben S. 168, als Kodizill gerettet werden). Nachträglich wird es ungültig (infirmatur) entweder dadurch, daß der Testator nachträglich die testamenti factio verliert (test. irritum) oder durch Wegfall der eingesetzten Erben (test. destitutum), oder durch adgnatio postumi und Anstellung der querela inofficiosi (vgl. Kap. IV).

II. Vor allem kann ein Testament, da es jederzeit widerruflich ist, durch eine entgegengesetzte Willenserklärung des Testators wieder aufgehoben werden. Damit ist aber nicht gesagt, daß der formlose Widerruf zur Aufhebung des Testaments genügt. Erforderlich ist vielmehr irgendeine der folgenden Widerrufshandlungen:

1. Errichtung eines neuen Testaments. Jedes spätere Testament vernichtet das frühere, wenn nicht etwa der Testator ausdrücklich den entgegengesetzten Willen zum Ausdruck bringt; letzterenfalls wird das frühere Testament, soweit seine Bestimmungen mit dem neuen Testament vereinbar sind, als Kodizill (codicilli testamento confirmati) aufrecht erhalten.

2. Errichtung eines Kodizills. Diese genügt aber nur, wenn im Testament ein extraneus zum Erben eingesetzt ist, während das Kodizill die nächsten Intestaterben bedenkt.

3. Oeffentliche Erklärung vor Gericht oder drei Zeugen, übrigens nur, wenn zehn Jahre seit seiner Errichtung verflossen sind.

4. Zerstörung der Urkunde in der Absicht des Widerrufs.

III. Vermächtnisse sind nach der regula Catoniana (vgl. oben S. 167) ungültig, wenn die Erfordernisse ihrer Gültigkeit nicht im Augenblick ihrer Errichtung vorliegen; es genügt nicht, daß die Erfordernisse vor dem Tode des Erblassers sich erfüllen (Präsenz des Tatbestandes Bd. I S. 170). Ohne Widerruf (ademptio legati) kann auch mittelst Umwandlung oder Uebertragung des Legats (translatio) erfolgen.

Pompon. l. 9 D. de test. tut. 26, 2: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt.

Gajus II § 151: Potest, ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmentur. Apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea

testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti, nihilo minus [non] desinent valere quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.

Ulpian l. 1 § 3 S. 28, 4, C. 3 eod.: Et si quidem (testamentum) concidit testator, denegabuntur actiones; si vero alius invito testatore, non denegabuntur. — Sententia imperatoris Antonini Augusti: „Cum Valerius nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur". — Si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas. —

L. 1 § 8 D. si tab. 38, 6: Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.

Gajus II, § 144: Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur; nec interest an exstiterit aliquis ex eo heres an non exstiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit, ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit, .. paterfamilias intestatus moritur: nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres exstiterit.

L. 2 D. de injusto 28, 3: Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est: nisi forte . . in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest.

§ 7 J. II, 17: Ex eo solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere.

Kapitel IV.

Das Noterbrecht und Pflichtteilsrecht.

§ 42. Das formelle Noterbrecht vor Justinian.

Das unbeschränkte letztwillige Verfügungsrecht, die Testierfreiheit der XII Tafeln bezeichnet die höchste Entfaltung jenes den alten Römer kennzeichnenden „Macht- und Freiheitstriebs" (v. Ihering), der ihn überhaupt zum Schöpfer des Privatrechts prädestinierte. Denn hier erstreckte sich die individuelle Verfügungsgewalt über die Grenze des individuellen Daseins hinaus. Wir haben gesehen, wie diese Testierfreiheit als selbständiger Gedanke sich erst allmählich von dem Familienprinzip und der monarchischen Hausherrschaft abgezweigt hat, ursprünglich durch die öffentliche Form des

Testaments (test. in comitiis in calatis und test. in procinctu) gegen jeden Mißbrauch gesichert war und erst als reines Privattestament (Manzipationstestament) den Stempel einer vollständig einseitigen, autonomen Privatwillenserklärung erlangte. Es ist ein besonderes Verdienst v. Iherings, in seinem Geist des römischen Rechts (III § 30) jenen „Macht- und Freiheitstrieb", der die XII Tafeln und die von ihm als „System der Freiheit" (Privatautonomie) bezeichnete Entwicklungsstufe des römischen Rechts durch die Betonung des Unterschiedes zwischen Sitte und Recht (III § 31 S. 141) in das richtige Licht gesetzt zu haben; vortrefflich hebt er hervor, wie irrtümlich es sein würde, die tatsächliche Gestalt sittlicher Verhältnisse, deren innere Fülle und Lebendigkeit durch ein gesetzliches Schema fassen zu wollen, etwas, was schon an und für sich unsittlich ist, nur nach seiner rechtlichen „Silhouette" zu beurteilen und etwa anzunehmen, daß der Römer, weil er jene unbeschränkte Privatautonomie besaß, auch einen unbeschränkten Gebrauch von derselben gemacht habe.

„Scharf und ausgeprägt war im alten Rom der Gegensatz zwischen Moral und Recht, nicht etwa, weil die Römer die Gebote der letzteren geringer geachtet hätten, als andere Völker, sondern weil sie klarer als manche anderen empfanden, daß der freie Mann das Gute rein des Guten wegen, nicht gezwungen zu tun wünscht", in klassischer Weise definiert er geradezu die Rechtswissenschaft „als die Lehre vom Gleichgewicht der menschlichen Selbstbestimmung" (III § 24 S. 25) und weist nach, wie die „privatrechtlichen Institute die Formen sind, in denen das Freiheitsbedürfnis des individuellen Lebens sich befriedigt".

„Solange der Familiensinn gesund und kräftig blieb, beharrte das Vermögen trotz aller Freiheit der testamentarischen Verfügung doch in den Bahnen, welche die Natur ihm vorgezeichnet hat; es blieb bei der Familie und manche Spuren legen Zeugnis davon ab, in welchem Maße die Tendenz, das Vermögen der Familie d. h. dem Mannesstamm zu erhalten, auch nach der Einführung der XII Tafeln das römische Leben durchdrang. Statt diesem Zwecke verderblich zu werden, konnte das freie Verfügungsrecht des jeweiligen Inhabers ihm sogar umgekehrt förderlich sein; den verschwenderischen und mißratenen Sohn enterbte der Vater, indem er ihm lediglich den nötigen Lebensunterhalt zuwies, während er den Stamm des Vermögens dem Bruder zuwandte, zu dem er sich versehen konnte, daß er den Wohlstand, die Ehre, den Glanz der Familie erhalten

und erhöhen werde“ (v. Ihering III S. 148). So bildete die unbedingte Testierfreiheit des zweiten Systems eine wertvolle Ergänzung für das Grundrecht der manus und patria potestas. Daß „die Form ein Palladium der Freiheit“ ist, hat ebenfalls v. Ihering in geistvoller Weise zuerst hervorgehoben. Sie ist es in zwiefachem Sinne: sie bildet einerseits eine feste Burg, wie alles formale Recht überhaupt, in der das Rechtsgefühl vor willkürlichen und oft heimtückischen Angriffen einer sogenannten Billigkeits- und Willensentscheidung in der Sicherheit wohnen kann, — andrerseits aber schützt sie auch den Berechtigten selbst durch die ihr beiwohnende Solennität gegen leichtfertigen Mißbrauch seiner Macht.

Diese Vorbemerkung war unumgänglich, um eine richtige geschichtliche Würdigung des ältesten Noterbrechts zu ermöglichen, das uns als rein formelles Noterbrecht entgegentritt, ein Erzeugnis nicht der Gesetzgebung, sondern der ältesten formalistischen Rechtswissenschaft (Bd I S. 200 ff.). Die Juristen jener Zeit, die augenscheinlich noch von einem quasi tacitum condominium der Familie ausgingen, entwickelten nämlich die Ansicht, daß sui heredes entweder rite d. h. ursprünglich in solennen befehlenden Worten und sine conditione (es sei denn unter der rein potestativen Bedingung „si voluerit“) auf einen wirklichen Erbteil eingesetzt oder rite enterbt werden mußten. Die Enterbung (exheredatio) ist nach dieser Lehre die Erklärung im Testamente, daß eine zu den Noterben gehörende Person ihres Erbrechts verlustig sein soll z. B. „exheres esto L. filius meus“. Sie wird im Gegensatze zur Erbeinsetzung (institutio) nicht begünstigt, was in folgenden Einzelbestimmungen hervortritt: a) Die Enterbung kann nur im Testamente vorgenommen werden.[1]) b) Sie muß ausdrücklich erfolgen, wenn auch (später) in beliebigen Worten.[2]) c) Sie muß sich auf die ganze Erbschaft und das Verhältnis zu allen Erben, namentlich auch Graden von Erben erstrecken (ab omnibus gradibus). d) Sie muß unbedingt oder unter Einsetzung für den Fall des Nichteintritts der Bedingung erfolgen.[3]) e) Sie muß erfolgen nominatim d. h. unter individueller Bezeichnung des Enterbten.[4])

[1]) L. 68 D. 28, 5.

[2]) L. 19 D. de lib. et post. 28, 2.

[3]) L. 3 § 1 D. 28, 2.

[4]) Ein sogenannter exheredatio inter ceteros (ceteri exheredes sunto) war nur für die Töchter und Enkel zulässig. Erst Justinian hat auch sie allgemein für unzulässig erklärt.

Als Noterben in diesem Sinne galten nach Zivilrecht alle liberi im technisch juristischen Sinne, also 1. die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen sui heredes d. h. diejenigen, die unmittelbar unter der väterlichen Gewalt des Testators standen; 2. alle Personen, die nach der Testamentserrichtung sui des Testators wurden oder geworden sein würden, wenn sie zur Zeit des Todes des Erblassers nicht bloß empfangen, sondern geboren wären (postumi sui). — Nach prätorischem Rechte traten hierzu noch 3. alle liberi im weiteren Sinne, d. h. alle diejenigen Abkömmlinge, die zu den unter 1 und 2 genannten Erben gehören würden, wenn sie nicht infolge eines Rechtsaktes (Emanzipation, Adoption, Arrogation) außerhalb der patria potestas stünden.

War ein Noterbe nicht etweder rite eingesetzt oder rite enterbt, so galt er als übersehen (präteriert) und diese „Präterition" hatte folgende Wirkungen:

a) Ein Testament, in dem ein zur Zeit seiner Errichtung vorhandener suus präteriert war, war von Anfang an mit seinem ganzen Inhalte nichtig (testamentum nullum).

b) Wurde ein postumus suus, der präteriert war, nachgeboren, so wurde das ganze Testament mit dem Augenblick seiner Geburt nichtig, ebenfalls mit seinem ganzen Inhalte (testamentum ruptum). Doch wurde ein aus solchem Grunde umgestoßenes Testament, wenn der postumus vor dem Tode des Testators wieder wegfiel, vom Prätor nach den Grundsätzen der bonorum possessio (oben S. 137 f.) aufrecht erhalten.[1])

c) Wurden leibliche Abkömmlinge, liberi, die nicht sui waren, präteriert, so galt das Testament keineswegs als nichtig nach Zivilrecht. Es handelte sich jetzt um prätorisches Recht. Aber der Prätor erstrebte, indem er jetzt die bonorum possessio contra tabulas auf Antrag verlieh, das gleiche, was die zivilrechtliche Nichtigkeit bewirkte, und zwar in folgender Weise:

α) Die b. p. wurde mit dem Tode des Testators zunächst den übergangenen Abkömmlingen deferiert, die in diesem Augenblicke vorhanden waren, dann aber auch auf Grund der Präterition den eingesetzten Erben selbst. Alle diese Personen erlangten ein verzichtbares Recht, da sie die agnitio der b. p. binnen eines annus utilis ausüben mußten. β) Die Wirkung der agnitio b. p. war die,

[1]) L. 7, l. 30, l. 31 D. 28, 2.

daß nunmehr die bonorum possessores in den gesamten Nachlaß einrücken und zwar zu den Anteilen, zu denen sie ab intestato berufen waren[1]; hierbei konkurrierten aber auch diejenigen sui, die entweder eingesetzt oder übergangen waren, — nur die rite Enterbten blieben von der b. p. ausgeschlossen. δ) Gewisse Bestimmungen des Testaments blieben gültig, abgesehen von den Enterbungen nämlich die Pupillarsubstitutionen, die Vormundschaftsbestellungen, endlich alle Zuwendungen an sogenannte personae conjunctae (Kognaten bis zum 6. Grade einschließlich des sobrino sobrinave natus im 7. Grade und der nächsten affines., S. 117 oben).

Literatur: Vgl. Ad. Schmidt, Das formelle Recht der Noterben. Leipzig 1862. Frank, Das Recht des Noterben und Pflichtteilsberechtigten, Göttingen 1831. Hölder, Zeitschrift der Sav.-Stift. Bd. 3 S. 219.

Quellenstellen: Pompon. l. 120 D. de V. S. 50, 16: Verbis legis XII tabularum his VTI LEGASSIT SVAE REI ITA IVS ESTO latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi: sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

Ulpian XXII, 18: Postumi quicumque liberi cuiuscumque sexus omissi, quod valuit testamentum, adgnatione rumpunt.

Adgnascitur suus heres aut adgnascendo aut adoptando aut in manum conveniendo aut in locum sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio aut emancipato, aut manumissione, id est si filius prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patris potestatem. Id. XXIII, 3.

Sui heredes vel instituendi sunt vel exheredandi. Id. XXII, 14.

Gajus II § 123: Qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio; sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et suum ab intestato heredem fieri confitentur, si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento.

Paul. ad Sabin. l. 7 D. de lib. et post. 28, 2: Si filius qui in potestate est praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpitur: et eo iure utimur.

Ulpian l. 12 pr. D. de iniusto 28, 3: Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, at tamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest remque obtinebit, ut et D. Hadrianus et imperator noster rescripserunt. Idem et circa iniustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auffere possit.

---

[1]) L. 8 § 17 D. h. t. 37, 4; l. 2 pr. D. de b. p. 37, 2; l. 3 § 6 D. 37, 4.

Ulpian l. 6. pr. de iniusto: Scripto herede deliberante filius exheredatus mortem obiit: . . etsi non sit exheredatus nepos, adiri poterit ex testamento hereditas a scripto herede, filio mortuo. Papin. l. 7 D. pr. si tab. test. 38, 6. — Adgnascendo quidem is rumpit, quem nemo praecedebat mortis tempore; ab intestato vero is succedit, cui [nec] ante eum alii <non> est delata hereditas.

Ulpian XXII, 16, 17: Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus non patitur valere testamentum. — Reliquae vero personae liberorum, velut filia nepos neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, (et) scriptis heredibus adcrescunt, suis heredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam.

Papin. l. 84 D. de A. v. O. H. 29, 2: Ventre praeterito . . quamdiu rumpi testamentum postest, non defertur ex testamento hereditas.

L. 5 D. de injusto rupto irrito facto test. 28, 3: Rumpendo testamentum sibi locum facere postumus solet, quamvis filius (sc. iam natus praeteritus) sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est: nam tollendo primum gradum sibi locum facit.

Die Möglichkeit, einen postumus als Erben einzusetzen (testamenti factio passiva) galt zuerst herkömmlich nur für die nach dem Tode geborenen (postumi legitimi), wurde dann durch die lex Junia Velleja ausgedehnt auf nach Errichtung des Testaments, aber noch zu Lebzeiten des Testators geborenen (postumi Vellejani); schließlich erfand Aquilius Gallus (Bd. I S. 200) eine besondere Formel, um auch dem nach dem Tode des Testators geborenen, aber schon als nasciturus vorhandenen Enkel rite einzusetzen, der dadurch, daß sein Vater erst nach der Testamentserrichtung starb, zum postumus suus wurde (postumi Aquiliani).

§ 43. Das materielle Noterbrecht vor Justinian.

Dem materiellen Noterbrecht (Pflichtteilsrecht) liegt der Gedanke zugrunde, daß der Testator, wenn auch nicht gegen das strenge Recht, so doch gegen die sittliche Verpflichtung, die ihm die Familienzugehörigkeit auferlegt, verstößt, wenn er die nächsten Familienangehörigen, die sich als Angehörige benommen haben, nicht einen angemessenen Teil des Nachlasses zuwendet. Es ist in der Praxis des Zentumviralgerichtshofs (vgl. I S. 181) gegen Ende der Republik und zu Anfang der Kaiserzeit entstanden. Die Juristen gingen dabei von einer dem Familienangehörigen durch die Zurücksetzung zugefügten „injuria“ aus und unterstellten unter Bezugnahme auf die nicht genügend gerechtfertigte leidenschaftliche Abneigung des Erblassers bei diesem einen gewissen Grad von Unzurechnungsfähigkeit (quasi non sanae mentis fuisset, color insaniae). Sie gewährten daher eine als querela inofficiosi testamenti bezeichnete Klage, in der das Testament aus diesem Gesichtspunkte angefochten

wurde und die einerseits, soweit es sich um nachträgliche Feststellung des Geisteszustandes handelte, der zu einem so pflichtwidrigen (inoffiziösen) Testamente Anlaß gegeben haben müsse, den Charakter einer Präjudizialklage (Bd. I S. 269) hatte, andrerseits als actio vindictam spirans bezeichnet wird, weil sie der persönlichen Genugtuung diente. Man nahm nach Analogie der lex Falcidia (s. oben S. 170) an, daß die nächsten Intestaterben wenigstens ein Viertel ihres Intestaterbteils (portio legitima) beanspruchen könnten, wenn sie sich nicht mit Recht die Abneigung des Erblassers zugezogen hätten. Anfangs stand der Kreis dieser Pflichtteilsberechtigten nicht gesetzlich fest, schon Ulpian begrenzte ihn in der Seitenlinie auf die Geschwister. Erst Diokletian und Maximian bestimmten ihn gesetzlich und erklärten als Pflichtteilserben Deszendenten, Aszendenten und Geschwister; Konstantin bestimmte endlich, daß außer den Aszendenten und Deszendenten nur vollbürtige Geschwister und die sogenannten consanguinei und auch diese nur, falls ihnen eine persona turpis vorgezogen sei, die querela inofficiosi testamenti anstellen könnten.

Vgl. Hartmann, Über die querela inofficiosi nach klassischem Rechte 1864. Unzner, Die querela inofficiosi nach dem Rechte vor der Novelle 115 (1891). Eisele, Savigny-Zeitschr. Bd. 15 (rom. Abt. Nr. 6)

Der querela inofficiosi testamenti hat wahrscheinlich attisches Recht als Vorbild gedient. Vgl. Schulin, Das griechische Testament S. 16. Die querela inofficiosi war als actio vindictam spirans unvererblich und verjährte in fünf Jahren; sie ging jedoch auf den Erben über, wenn der ursprünglich Berechtigte irgendwie bestimmt erklärt hatte, sie anstellen zu wollen. L. 6 § 2, l. 7, l. 8 D. h. t. 5, 2.

Vgl. noch l. 3, 5 D. h. t.: Inofficiosum dicere testamentum dicere hoc est: allegere, quare exheredari vel praeteriri non debuerit; quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt. — — docere, immerentem se et ideo indignum praeteritum vel etiam exheredatione summotum; resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.

Wenn der Kläger mit der Querel durchdrang, so wurde ganz oder, wenn nicht gegen alle Erben geklagt und durchgedrungen war, teilweise das Testament aufgehoben und die Intestaterbfolge eröffnet.

Zum Schutz gegen eine Umgehung dieses materiellen Noterbrechts durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, insbesondere Schenkungen und Mitgiftbestellungen wurde seit Alexander Severus noch eine besondere querela inofficiosae donationis bzw. dotis gegeben, auf Grund deren die betr. Liberalität jedoch nicht weiter rückgängig gemacht wurde, als nötig war, um dem Berechtigten seinen Pflichtteil unter Zugrundelegung des Vermögensstandes zur Zeit der Verkürzung zu wahren.

§ 44. Die Justinianische Reform des formellen und materiellen Noterbrechts (Novelle 115).

I. Das Reformbestreben der Justinianischen Kodifikation ging auf allen Gebieten des Privatrechts dahin, den in jener byzantinischen Zeit völlig unberechtigt gewordenen Dualismus zwischen dem eigentlich römischen, nationalen Zivilrecht und dem jus gentium, dem sozusagen internationalen, weltrechtlichen Privatrecht zu beseitigen. Stand doch ersteres jetzt, nachdem das römische Volk schon seit Jahrhunderten vom Erdboden verschwunden war, nur noch als ein historisches und noch dazu unverstandenes historisches caput mortuum in den Rechtsquellen da. Vielfach hatten die Kompilatoren diesen Zweck schon während ihrer kompilatorischen Tätigkeit durch sogenannte Interpolationen d. h. eigentlich durch direkte Textfälschungen erreicht. Gleichwohl waren große Schuttmassen stehen geblieben, und auch mit diesen aufzuräumen, war die Hauptaufgabe der Novellengesetzgebung Justinians (Bd. I S. 354). Leider aber fehlte ihr die rücksichtslose, radikale Reformgesinnung, die ein Diokletian seinerzeit auf dem staatsrechtlichen Gebiete betätigt hatte (Bd. I S. 336). Zumal auf dem so wichtigen Gebiete des Erbrechts ist Justinian oder sind vielmehr seine Minister (Tribonian) allzu zaghaft vorgegangen und haben es nicht gewagt, die inzwischen zu bloßen Götzenbildern entseelten alten Rechtseinrichtungen völlig einzuschmelzen und aus ihnen wenigstens brauchbare neue Münzen zu schlagen.

Die Justinianische Erbrechtsreform, die wie wir bereits oben S. 149 sehen, auch auf dem Gebiete der Verwandtenerbfolge zweideutig blieb, ist in dem Versuche, das dualistische, formelle und materielle Noterbrecht zu reformieren, besonders unglücklich ausgefallen, und kaum ein Gesetz des Byzantiners hat zu größeren und schwerwiegenderen Streitfragen in der gemeinrechtlichen Wissenschaft geführt, als die diesem Versuche gewidmete berühmte oder vielmehr berüchtigte Novelle 115.

Zunächst beschäftigt sich diese Novelle nur mit dem Noterbrecht der Deszendenten und Aszendenten, für dasjenige der Geschwister läßt sie die im vorstehenden Paragraphen dargestellte querela inofficiosi unberührt. Sie bestimmt in c. 3—5, daß 1. die Aszendenten ihre Deszendenten und umgekehrt Deszendenten ihre Aszendenten nur aus bestimmten, gesetzlich festgestellten Gründen enterben oder präterieren dürfen. 2. Sie hält dabei an

einem formellen Noterbrecht insofern fest, als diesen gegenüber die Hinterlassung eines Pflichtteils nicht genügen soll, vielmehr sollen diese Verwandten im Testamente entweder zu Erben eingesetzt oder unter Anführung eines der gesetzlichen Enterbungsgründe enterbt oder übergangen werden. Wenn dieser Vorschrift nicht entsprochen ist, soll das Testament in Ansehung der Erbeinsetzungen keine Kraft haben, der übrige Inhalt aber soll zu Recht bestehen bleiben. Dies ergibt gegenüber dem früheren Rechte als wesentlichste Aenderung folgendes: a) Der Kreis der formellen und materiellen Noterben ist gleich bestimmt und lediglich auf das Kognatenprinzip zurückgeführt.

b) Das formelle Noterbrecht ist umgestaltet, insofern als α) der Noterbe nunmehr zum Erben eingesetzt werden muß, wenn er sich nicht einen gesetzlich bestimmten Enterbungsgrund hat zu Schulden kommen lassen. Die alte Testierfreiheit ist also wesentlich eingeschränkt. β) Der Enterbungsgrund muß im Testamente angeführt werden.

c) Das materielle Noterbrecht ist ebenfalls bedingt durch das Nichtvorhandensein und die Nichtanführung eines Enterbungsgrundes.

d) Die Enterbungsgründe für das formelle und materielle Noterbrecht sind dieselben.

Eine der schlimmsten Streitfragen nun, die sich hieran anknüpft, war im gemeinen Rechte die, ob damit Justinian das formelle Noterbrecht der älteren Zeit habe beseitigen wollen oder ob dessen weitergehende Vorschriften in Kraft bleiben sollten. Die herrschende Ansicht der letzten Zeit der romanistischen Wissenschaft hat hier wohl mit Recht das sogenannte Derogationssystem bevorzugt, dem wir auch schon oben S. 149 bei Erwähnung der Novelle 118 beipflichten mußten. Was dagegen das materielle Noterbrecht oder Pflichtteilsrecht betrifft, so blieben durch die Novelle 115 wichtige schon vorher von Justinian, teils auch schon von früheren Kaisern eingeführte Neuerungen unberührt, insbesondere diejenigen über die Größe des Pflichtteils. Dieser besteht seit Justinian in der Hälfte des Intestaterbteils, wenn die Intestaterben weniger, als den 4. Teil des Nachlasses, in einem Drittel desselben, wenn sie nur $^1/_4$ des Nachlasses oder mehr erhalten[1])

[1]) Gedächtnisvers: Quattuor aut infra liberis dant jura trientem.
Sed dant semissem liberis si quinque vel ultra.

Dabei galt der Satz: Exheredatus partem facit ad diminuendam, numerum ad augendam hereditatem.

(Novelle 118). Der Pflichtteil kann in jeder Form hinterlassen werden. Bei der Berechnung des Wertes der Zuwendungen ist alles zu berücksichtigen, was der Betreffende mortis causa aus dem Vermögen des Testators bekommt, außerdem auch, was er unter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden als Vorempfang auf die künftige Erbschaft erhalten hat, jedenfalls auch die dos und donatio propter nuptias, Schenkungen nur, soweit, als dies bei der Schenkung ausdrücklich bestimmt war. Ist dem Berechtigten die portio legitima hinterlassen, aber in irgendeiner Weise belastet oder beschränkt, so wird einfach dieses sogenannte gravamen pro non scripto erachtet. Sind ihm irgendwelche Zuwendungen gemacht, aber nicht soviel, daß ihr Wert dem Pflichtteil entspricht, so soll deswegen nicht der letzte Wille umgestoßen werden, vielmehr hat der Pflichtteilserbe in diesem Falle nur einen Anspruch auf Ergänzung, actio ad supplendam legitimam.

Wenn jedoch der Pflichtteilsberechtigte im Testamente überhaupt nicht bedacht ist, wenn also auch die formellen Vorschriften der Novelle verletzt sind, so läßt die unklare Fassung des Textes Raum für die verschiedensten Auslegungen in Hinsicht auf die alsdann eintretenden Rechtsfolgen und die juristische Natur der alsdann gegebenen Klagansprüche. Schon seit der Glossatorenzeit gab es in dieser Hinsicht drei verschiedene Theorien: die sogenannte Nullitätstheorie, die sogenannte Inoffiziositätstheorie und das sogenannte gemischte System.

1. Nach der Nullitätstheorie hat Justinian für den Fall der Verletzung seiner Formvorschriften die ipso jure eintretende Nichtigkeit der Erbeinsetzungen festsetzen wollen. Diese Theorie stützt sich auf die allgemeine Regel, daß die Verletzung von Formvorschriften Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich zieht, ferner auf den von Justinian ausdrücklich angewandten Ausdruck „nullam vim habere", sowie darauf, daß der Eintritt der Intestaterbfolge und zwar in Beziehung auf den ganzen Nachlaß von der Novelle als selbstverständlich betrachtet wird. Nach dieser Theorie hätten also die Intestaterben die erst in 30 Jahren verjährende hereditatis petitio. Aber auch diese Theorie hatte wiederum zwei Parteien: einige vertraten die sogenannte absolute Nullität, sie gaben die hereditatis petitio den Intestaterben als solchen, was von praktischer Bedeutung war, falls etwa der Pflichtteilsberechtigte vor dem Erblasser verstarb; andere lehrten die sogenannte relative Nullität

d. h. sie gaben die hereditatis petitio nur dem pflichtteilsberechtigten Noterben, das Testament sollte nur ihm gegenüber (relativ) als nichtig behandelt werden.

2. Die Verteidiger der Inoffiziositätstheorie gewährten dagegen, indem sie davon ausgingen, daß Justinian in der Hauptsache nur die Verbesserung des materiellen Noterbrechts im Auge gehabt habe, die unvererbliche querela inofficiosi testamenti, welche in fünf Jahren verjährte.

3. Nach dem sogenannten gemischten System sollten die Erbeinsetzungen ipso jure nichtig sein, wenn kein Enterbungsgrund angeführt war, dagegen bloß mit der querela inofficiosi testamenti anfechtbar, wenn der Enterbungsgrund angeführt, aber unerweislich war.

In einer entwicklungsgeschichtlichen Darstellung ist man glücklicherweise der unerquicklichen Aufgabe enthoben, zu dieser rein dogmengeschichtlichen Streitfrage eine eigene Stellungnahme zu begründen.

Mit der Aufnahme formaler Vorschriften in seine Reformen, beging Justinian den Fehler, alte und längst verbrauchte Flicken zur Herstellung eines neuen Gewandes zu verwenden. Das geschichtliche und politische Wort „Reform" besagt nichts anderes, als Anpassung der jeweiligen Gesetze an die veränderten Verhältnisse und, wenn man will, an den „Zeitgeist", dem jegliche Reform, auch wenn sie nur ein Zeichen von Verfall und Entartung ist, selbstverständlich als Fortschritt erscheint. Gleich seinen byzantinischen Künstlern seiner Zeit, die keine Menschenfigur mehr richtig gestalten konnten und die gleichwohl mit hochmütigem Lächeln die damals noch in größerer Fülle als jetzt vorhandenen Meisterwerke der Antike betrachteten, glaubte freilich auch Justinian ein Meisterwerk der Gesetzgebungskunst vollendet zu haben. Aber für ein unfreies Geschlecht wird die Form, die nach Schellings treffendem Worte nichts anderes sein soll, als die Darstellung des inneren Gehalts, zum äußerlichen Formalismus. Wenn Justinian ein so großer Menschenkenner gewesen wäre, wie Diokletian, so hätte er in einer radikalen Erbrechtsreform das aus einer längst verstorbenen Wurzel (aus dem nationalen, rassereinen Römertum) stammende formelle Noterbrecht völlig beseitigen und sich auf ein zwingendes materielles Pflichtteilsrecht beschränken müssen.

Schriften: Vering, Römisches Erbrecht S. 415 ff.; im übrigen vgl. die fast unübersehbare Literatur zu der Streitfrage bei Francke a. a. O. S. 366.

Enterbung in guter Absicht (exhereditatio bona mente):

Das ältere Recht gestattete die formelle und materielle Enterbung, wenn sie im Interesse des Enterbten selbst und seiner Familie lag, z. B. im Falle der Ueberschuldung. Justinian hat diesen Enterbungsgrund nicht erwähnt. Daher war es im gemeinen Recht nicht unbestritten. Die gesetzlichen Enterbungsgründe vgl.: A. für Enterbung der Kinder nach Nov. 115 cap. 3 § 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. § 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. § 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt ad versus principem sive rempublicam. § 4. Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur. § 5. Vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. § 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese immiscuerit. § 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. § 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi . . . vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere . . ., in quantum esse qui petitur probatur idoneus; hoc tamen . . . ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. § 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuit parentes suos condere testamentum . . . § 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes ejusdem professionis fuerint (cf. L. 11 Cod. de inoff. test. III, 28). § 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare et dotem . . . pro ea praestare, illa non consenserit; sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad 25 annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus computari . . . § 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati . . . obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento . . . § 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere. . . . § 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant . . . licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.

B. für Enterbung der Eltern nach Nov. 115 cap. 4. § 1. Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. § 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. § 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sese immiscuerit. § 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam. . . . § 5. Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorum marito vel alio modo alterum vitae alterius insidiari . . . liberis esse licentiam, nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere . . . § 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint . . . § 7. His casibus etiam cladem capitivitatis adiungimus . . . § 8. Si quis de praedictis

liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum personae tenere quae supra de parentibus iussimus.

Die modernen Gesetzgebungen, BGB. und Schweizer Zivilgesetzbuch, kennen kein formelles Noterbrecht, sondern nur ein Pflichtteilsrecht. Vgl. BGB. §§ 2325—2327. Enterbung in guter Absicht, § 2338. Im Schweizer Zivilgesetzbuch vgl. Art. 470—480.

Kapitel V.

Die Rechtsstellung des Erben. Erbschaftsklagen.

§ 45. Die sogenannten Transmissionen: Die Haftung für Erbschaftsschulden.

I. Von dem Satze: hereditas delata non adquisita non transmittitur ad heredes (S. 184 oben) machte schon die Möglichkeit einer in integrum restitutio im prätorischen Rechte eine Ausnahme. Ihr fügte Theodosius II. die Deszendententransmission hinzu, indem er bestimmte, daß testamentarisch berufene Abkömmlinge, die ohne Erklärung über die Berufung versterben, mögen sie die Berufung gekannt haben oder nicht, das Recht der Annahme auf ihre Deszendenten „transmittieren" (Transmissio Theodosiana). Schließlich bestimmte noch Justinian: Wenn der Berufene innerhalb einer von ihm erbetenen Ueberlegungsfrist oder innerhalb eines Jahres nach erlangter Kenntnis der Berufung stirbt, ohne angetreten oder ausgeschlagen zu haben, so können seine Erben innerhalb dieser Fristen die Erbschaft noch erwerben. (Transmissio Justinianea). Damit war jener dem modernen Rechte unbekannter Grundsatz erheblich durchbrochen.

II. Aus dem Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge ergibt sich an und für sich mit Rücksicht auf die eintretende Vermögensverschmelzung (confessio bonorum) die persönliche, unbeschränkte Haftung des Erben für alle vererblichen d. h. nicht mit dem Tode erloschenen rein persönlichen Verbindlichkeiten des Erblassers. (Vgl. oben S. 128). Im Interesse des Erben gewährte jedoch schon das prätorische Recht für den Fall, daß sich nach dem Erbschaftserwerbe eine nicht verausgesehene Schuldenlast ergab, dem Erben die restitutio in integrum, d. h. es gestattete, wenn die Billigkeit es erforderte, die Wiederrückgängigmachung des Erbschaftserwerbs. Neben diesen Rechtsbehelf, der das Prinzip der unbeschränkten Haftung für Erb-

schaftsschulden an sich nicht aufhob, stellte nun Justinian die sogenannte Rechtswohltat des Inventars (beneficium inventarii) d. h. er gestattete dem Erben, der sich keine Ueberlegungsfrist erbat, durch Errichtung eines Nachlaßinventars eine Beschränkung seiner Schuldenhaftung auf die Mittel des Nachlasses herbeizuführen. Die Inventarisierung mußte aber binnen 30 Tagen nach Kenntnisnahme von der Berufung beginnen und binnen weiteren 60 Tagen vollendet werden. Das Inventar sollte unter Zuziehung eines Notars und der ortsanwesenden Gläubiger und Legatare oder in Ermangelung solcher unter Zuziehung von 3 Zeugen errichtet, auch auf Verlangen der Erbschaftsgläubiger mit dem Offenbarungseide bekräftigt werden.

Umgekehrt den Interessen der Nachlaßgläubiger diente das vom Prätor eingeführte sogenannte beneficium separationis. Jedem einzelnen Nachlaßgläubiger stand darnach während der ersten 5 Jahre seit dem Erbschaftserwerbe das Recht zu, eine Sonderung des Nachlasses vom sonstigen Vermögen des Erben zwecks vorzugsweiser Befriedigung der Nachlaßgläubiger durch einen Nachlaßverwalter (curator bonorum, vgl. S. 124 oben), im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses auch Eröffnung des Konkurses zu beantragen.

Literatur: Vgl. Mitteis, Römisches Privatrecht Bd. I S. 108 ff. Quellen: L. 22 Cod. de jure deliberandi 6, 30. § 6 J. de hered. qual. 2, 19; Nov. 1 cap. 2. Dig. de separationibus 42, 6. Cod. de bonis auct. jud. poss. seu venumd. et de separationibus bonorum 7, 72.

Die gemeinrechtliche Praxis beschränkte die Haftung des Erben im Falle der Inventarisierung dahin, daß er nur mit den Nachlaßobjekten haftete, so daß also die Zwangsvollstreckung nur in diese Gegenstände zulässig war, insoweit nicht etwa Vermögenswerte mit dem Nachlasse in das eigene Vermögen des Erben übergegangen war. (Gegensatz der sogenannten Haftung cum viribus von der pro viribus).

Wegen der Haftung für Nachlaßschulden im BGB. vgl. BGB. §§ 1975 ff. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. III S. 391 ff. Schweizer Zivilgesetzbuch vgl. Art. 580—597.

§ 46. Die Ausgleichungspflicht. (Collatio).

Wenn mehrere Deszendenten ab intestato miteinander erben, so fordert eine Billigkeitserwägung bei ihrer Auseinandersetzung die Berücksichtigung gewisser Vorempfänge. Denn mit Rücksicht auf das nahe Verhältnis zwischen Eltern und Kindern darf angenommen werden, daß der Erblasser durch bestimmte Zuwendungen, die er bei Lebzeiten gemacht hat, kein Kind vor dem andern be-

vorzugen wollte. Schon der Prätor führte in dieser Billigkeitserwägung die sogenannte collatio emancipatorum ein: wenn emanzipierte Kinder, denen in der Regel bei oder nach der Emanzipation ein besonderer Teil des väterlichen Vermögens, z. B. das ihnen schon vorher eingeräumte peculium zu selbständigem Rechte überlassen wurde, mit Hauskindern (sui) zusammen berufen wurden (ex edicto praetoris, S. 177 oben), so mußten diese das Vermögen, das sie nach der Emanzipation bis zum Tode des Erblassers vom Vater erworben hatten, „konferieren", d. h. in die zu teilende Erbmasse einwerfen, damit zur Ausgleichung die sui einen verhältnismäßigen Anteil daran erlangten. Eine gleiche Kollationspflicht erkannte der Prätor an für die Haustochter, der von den Eltern eine Mitgift (dos) bestellt war, in Ansehung dieser dos (collatio dotis).

Die kaiserliche Gesetzgebung (seit Leo 472) bestimmte, daß jeder Abkömmling bei der Intestatbeerbung mit anderen Abkömmlingen gewisse Zuwendungen des Erblassers (die dos, die donatio propter nuptias, die vom Vater beschaffte militia, d. h. Erwerb eines käuflichen Amtes und, falls solche zu konferieren sind, von der andern Seite auch Schenkungen) bei der Teilung „einzuwerfen" hat. Justinian hat dann diese Kollationspflicht auch auf den Fall der testamentarischen Erbfolge ausgedehnt, falls der Testator nichts anderes angeordnet hat.

Eine entsprechende Ausgleichungspflicht kennt das BGB., vgl. §§ 2050 ff. Vgl. ferner Schweizer. Zivilgesetzbuch Art. 626—633.

§ 47. Erbschaftsklagen.

I. Die hereditatis petitio. Aus dem Begriffe der Erbfolge als Gesamtrechtsfolge (S. 127 oben) ergibt sich von selbst, daß der Erbe, der nach allen einzelnen Richtungen in die Rechtsstellung des Erblassers eintritt, auch die einzelnen Ansprüche (Singularklagen), die dem Erblasser zustanden, soweit sie überhaupt vererblich waren, auf Grund seiner Erbfolge geltend machen kann. Bei solchen Einzelansprüchen bildet dann die Erbfolge nur ein besonderes Moment der Klagbegründung, die sogenannte Aktivlegitimation.

Neben den Einzelklagen hat aber das römische Recht schon frühzeitig auch das Bedürfnis einer dinglichen Universalklage anerkannt,[1] deren rechtliche Auffassung freilich unter den Pandek-

---

[1]) Schon bei der legis actio sacramento wird die hereditas als Gegenstand genannt. Gajus, Inst. IV, 17.

tisten streitig ist. Einige, z. B. Arndts[1]) definieren sie als eine Vindikation des (subjektiven) Erbrechts, betrachten sie also gewissermaßen als Präjudizialklage auf Anerkennung des durch die Erbfolge begründeten Repräsentationsverhältnisses für die Verstorbenen hinsichtlich der Vermögensverhältnisse desselben. Andere, z. B. Dernburg[2]) sehen in ihr nichts anderes, als eine Vindikation des Nachlasses als einer universitas juris. Nach unserer Stellungnahme zum Begriffe des subjektiven Erbrechts (S. 136 oben) kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wir die letztere Auffassung für richtiger halten; auch die Pandekten selbst reden von einer vindicatio hereditatis.[3]) Die praktische Bedeutung einer solchen dinglichen Universalklage liegt zunächst in gewissen Vorteilen auf seiten des Klägers. Für diesen wäre es zweifellos lästig, in Fällen, in denen ihm der gesamte Nachlaß streitig gemacht wird, ebensoviele Einzelklagen anstellen zu müssen, als besondere Nachlaßgegenstände im Besitze des Gegners sind; sodann müßte er zur Begründung der Klage nicht nur sein Erbrecht, sondern auch im Bestreitungsfalle neben diesem noch das Recht des Erblassers an dem Nachlaßgegenstande nachweisen. Nach den Grundsätzen der hereditatis petitio bleibt es dagegen dem Beklagten überlassen, seinerseits den Beweis dafür zu erbringen, daß er den Streitgegenstand auf Grund eines besonderen Rechtstitels z. B. als Käufer, Pfandgläubiger usw. zurückzuhalten berechtigt sei. Die Grundlage des Rechtsstreites bildet hier die bessere Erbberechtigung, die jede der beiden Parteien für sich in Anspruch nimmt. a) Ursprünglich war daher auch die Klage auf den Fall beschränkt, daß der Verklagte sich ausdrücklich, als possessor pro herede, ein Erbrecht beilegte.[4]) b) Erst im Formularprozesse wurde die hereditatis petitio auch gegen den possessor pro possessore d. h. gegen jeden gegeben, der in Kenntnis seiner Nichtberechtigung die ganze Erbschaft oder auch nur einzelne Nachlaßgegenstände im Besitz genommen hatte.[5]) c) Ein

---

[1]) Vgl. Arndts, Pandekten § 531, Arndts Beiträge, zivilist. Schriften II, Nr. 47. Ebenso Franke, Kommentar zu Tit. Dig. de hered. petitione 1864.

[2]) Dernburg, Pandekten III, § 172; derselbe, „Ueber das Verhältnis der hered. petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen". 1882.

[3]) L. 8 D. h. t. 5, 3.

[4]) Vgl. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 911 ff.

[5]) L. 11 § 1, l. 12, l. 13 D. h. t.: Pro possessore vero possidet praedo, qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se here-

weiterer Vorteil des Klägers lag bei der h. p. darin, daß der Beklagte zur Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses und dessen Bekräftigung durch Offenbarungseid gezwungen werden konnte. Durch diese Auskunftspflicht kann dem praktischen Sicherungsbedürfnisse gegen eine Zerstörung und Beiseiteschaffung einzelner Nachlaßgegenstände Genüge geschehen. In Verbindung damit steht die Einführung des wichtigen Grundsatzes der Surrogation: „res succedit in locum pretii, pretium in locum rei", wodurch es dem Erben ermöglicht wird, durch Genehmigung eines vom Nachlaßbesitzer gemachten Geschäfts dasjenige, was dieser aus dem Geschäfte erworben hat, zu einem Erbschaftsgegenstande zu machen, dessen Herausgabe er an Stelle des beiseite geschafften mit der Universalklage beanspruchen kann.[1])

Auch für den Verklagten bot die Zulassung einer Universalklage gewisse Vorteile: a) Er konnte durch die exceptio, ne praejudicium fiat hereditati begehren, daß er nicht wegen jedes Nachlaßgegenstandes einzeln belangt werde (ne singulis judiciis vexaretur, l. 13 § 4 h. t.). b) Vor allem aber führte bei Gelegenheit der h. p. das berühmte S. C. Juventiannum die wichtige und billige Unterscheidung zwischen der Restitutionspflicht des redlichen und unredlichen Erbschaftsbesitzers ein. α) Der redliche Besitzer hatte nicht mehr zu erstatten, als er durch den Nachlaß im ganzen zur Zeit seiner Verurteilung bereichert war; er haftete nur vom Prozeßbeginn an für Sorgfalt, insbesondere auch für schuldhafterweise versäumte Früchte (fructus percipiendi). Er hat ferner wegen aller Aufwendungen, die er vor Erhebung der Klage auf Nachlaßsachen gemacht hatte, ein Retentionsrecht, und zwar sogar wegen verschwenderischer (impensae luxuriosae), nach Erhebung der Klage nur wegen notwendiger und nützlicher (imp. neccessariae et utiles).

β) Der unredliche Besitzer dagegen haftet von der Besitznahme an, mindestens vom Eintritt seiner mala fides an für nachlässige Behandlung der Nachlaßsachen und nach der Klag-

---

dem, vel per mendacium nec ullam causam possessionis possit dicere, et ideo fur et raptor hereditatis petitione tenentur.

[1]) L. 22 h. t. (oratio Divi Hadriani): Dispicite patres conscripti, numquid sit aequius non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum

erhebung sogar für Zufall; Retentionsansprüche hat er nur wegen notwendiger Aufwendungen, wegen nützlicher bloß soweit, als deren Erfolg noch bei der Herausgabe vorhanden ist.

II. Der Auseinandersetzung zwischen den Miterben dient die actio familiae erciscundae.[1]) Sie war eine sogenannte duplex actio, vgl. Bd. I S. 242. Ihr Hauptzweck war die verständige Auseinandersetzung der durch die Erbfolge entstandenen Miteigentumsverhältnisse; der Richter hatte daher weitergehende Befugnisse als sonst; er konnte, wie bei der actio communi dividundo finium regundarum entweder die ideelle Teilung durch Realteilung endigen oder auch einer Partei eine Sache ausschließlich zuweisen, die andere durch Entschädigung abfinden, auch die Versteigerung zur Verteilung des Erlöses anordnen, bei Realteilung notwendige Servituten errichten usw. Forderungen und Schulden galten nach einem schon in den XII Tafeln enthaltenen Grundsatze: nomina ipso jure divisa sunt, ipso jure als Teilforderungen bzw. Teilschulden der Miterben.

III. Wir werden im nächsten (IV. Buche) eingehender darlegen, daß und warum die Römer frühzeitig neben dem eigentlichen Rechtsschutz zahlreiche zunächst die tatsächliche Ausübung des Rechts sichernde sogenannte possessorische Rechtsmittel geschaffen haben. Auf dem Gebiete des Erbrechts gehören hierher:

1. Das interdictum quorum bonorum, ein sogenanntes interdictum adipiscendae possessionis zur schleunigen Erlangung des Besitzes der Erbschaftssachen gegen den possessor pro herede oder pro possessore. Es ist vom Prätor eingeführt worden, bevor er zur Erlangung des prätorischen Erbrechts eine besondere hereditatis petitio utilis gab. Der Kläger siegte ob, wenn er prima facie sein prätorisches Erbrecht beweisen konnte, was natürlich nicht ausschloß, daß später der Unterliegende gegen ihn wieder die hereditatis petitio anstellen und in diesem die Rechtsfrage selbst erledigenden Prozesse obsiegen konnte. Es handelte sich also einstweilen nur um das vermutliche (präsumtive) Erbrecht.

2. Auf demselben Gedanken beruhte die sogenannte missio ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo, der zufolge, wer in einem äußerlich fehlerfreien Testamente zum Erben ernannt war, Einweisung in den Nachlaß erhielt. Der Gegner mußte etwaige Einwendungen, die nicht sofort liquide erschienen, wenn er den

[1]) Ueber den Ursprung des Wortes vgl. Bd. I S. 53.

Besitz zurückerlangen wollte, durch Erhebung der Erbschaftsklage geltend machen.

3. Die Bonorum possessio furiosi nomine: Ein Geisteskranker konnte, da er selbst keinen Willen hatte und der Vormund für ihn nicht antreten konnte, die Erbschaft nicht erwerben. Justinian bestimmte jedoch, daß sein Kurator sich vorläufig in Besitz und Verwaltung der Erbschaft einweisen lassen dürfe, um aus deren Einkünften die Alimente für ihn zu bestreiten. Wird der Kranke später gesund, so kann er die Erbschaft antreten oder ausschlagen; stirbt er geisteskrank oder schlägt er nach der Genesung aus, so fällt die Erbschaft an die Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers dessen nächste Erben gewesen sein würden.

4. Bonorum possessio ex Carboniano edicto: Wenn einem Unmündigen die Eigenschaft als Kind des Erblassers bestritten wurde, so gab der Prätor nach zuvoriger causae cognitio ihm durch Dekret die einstweilige bonorum possessio unter Aussetzung des Prozesses bis zu seiner Mündigkeit, jedoch nur gegen Kaution oder (ohne Kaution), um ihm den Unterhalt aus der Erbschaft zu sichern.

5. Bonorum possessio ventris nomine: Diese schon zu Ciceros Zeit erwähnte b. p. konnte eine Frau beantragen, die mit dem künftigen Intestat- oder Testamentserben schwanger ging, um schon vor dessen Geburt den Unterhalt aus dem Nachlaß zu erlangen, den sie, selbst wenn sich später herausstellte, daß sie nicht schwanger war, nur im Fall nachgewiesener mala fides zu ersetzen hatte.

IV. Wegen der querela inofficiosi testamenti vgl. S. 180 oben.

Zu I: Tit. Dig. de hered. pet. 5, 3; Cod. de hered. pet. 3, 51. Außer der erwähnten Literatur vgl. Lammfromm, Zur Geschichte der Erbschaftsklage 1887, dazu Pfersche in Gruchots Beitr. Bd. 17 S. 389. Zum S. C. Juventianum vgl. l. 20 § 6 D. h. t.: — Optimum est, ipsius senatusconsulti interpretationem facere, verbis eius relatis: Pridie Idus Martias Quintus Julius Balbus et Publius Juventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae Imperator Caesar, Traiani Parthici filius, Divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus (imperator) maximusque princeps proposuit quinto Nonas Martias, quae proximae fuerunt, libello complexus, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt: Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset si adversus eos iudicatum esset, pretia quae ad eos rerum ex hereditate veneditarum pervenissent, et si eae ante

petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent, eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona at se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt.

Zu II. Dig. tit. fam. ercisc. 10, 2; Cod. 3, 36; 3, 38. Zimmermann, Ziv. Arch. XXXIV S. 192 ff., 323 ff. Brinz, Pand. S. 710 ff.

Zu III. Vgl. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz 1899 S. 46 ff. M. Stinzing, Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte 1901 S. 62 ff.

Die Erbschaftsklage des BGB. vgl. in §§ 2018 ff. Dazu Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. III S. 458—474. Im Schweizerischen Zivilgesetzbuch Art. 598—600. Wegen der sogenannten Erbbescheinigungen vgl. BGB. §§ 2353 ff.

Kapitel VI.

Erbloser Nachlafs (Bona vacantia).

§ 48. Das sogenannte Erbrecht des Fiskus.

Bis zur Zeit des Augustus konnten erblose Güter (bona vacantia) als res nullius von jedem okkupiert werden (Cicero, De leg. II, 19). Die lex Papia Poppaea aber gab dem Aerar einen ausschließlichen Anspruch darauf (Ulpian XXVIII, 4; l. 96 D. de leg. I). Seit Caracalla trat an dessen Stelle der Fiskus (vgl. Bd. I S. 315). Die herrschende Ansicht sieht darin ein außerordentliches Erbrecht des Fiskus. Daran ist, so sehr diese Auffassung dem natürlichen Begriff des Erbrechts widerstrebt, nur soviel richtig, daß der Fiskus bis zum Belaufe der Erbschaftsaktiva selbstverständlich die Schulden des Erblassers zu berichtigen hat, als auch ferner, daß der Fiskus eine hereditatis petitio utilis erlangt, die in 4 Jahren vom Augenblicke an, in dem feststeht, daß die Erbschaft vakant ist, verjährt. (Aber gerade die Bezeichnung utilis beweist, daß es sich nur um eine analoge Ausdehnung des Begriffes handelt.)

In einzelnen Fällen wurde durch spätere Kaiser anderen Korporationen der erblose Nachlaß zuerkannt, so durch Hadrian der erblose Nachlaß des Soldaten seiner Legion, durch Konstantin der eines Dekurionen dem collegium decurionum, durch Theodosius II. und Valentinian III. der eines Geistlichen oder Mönches der Kirche oder dem Kloster.

Literatur: Vgl. Danz, Geschichte des römischen Rechts 2. Aufl. Bd. 2 § 184. Pernice, Labeo I S. 348 ff. Wegen der praktischen Bedeutung der Idee eines privilegierten Okkupationsrechts des Fiskus vgl. Blume, Rhein. Museum Bd. 4 S. 212.

Buch IV.

Das Sachenrecht.

Kapitel I.

Allgemeines.

§ 49. Begriff und Einteilung der Sachen.

I. In den bisherigen Büchern des Systems trat das Wesen des objektiven Rechts als einer Ordnung von Beziehungen zwischen Menschen überall deutlich zutage. Auch im Erbrecht handelte es sich ja nach dem Begriff der Gesamtrechtsnachfolge entwicklungsgeschichtlich im wesentlichen um die Fortsetzung der zunächst (im II. Buche) im engsten Rechtskreise der Familie erörterten Herrschaft, der Macht und Gewalt, die den Kern jedes subjektiven Rechts bildet. Dieser Gesichtspunkt tritt nunmehr in den Hintergrund zurück, indem wir im Sachenrecht anscheinend nur Beziehungen des Menschen zur unpersönlichen Außenwelt ins Auge fassen und von den Rechten der Menschen an einer Sache handeln. Aber er tritt nur in den Hintergrund. Denn selbstverständlich bleibt immer die stillschweigende Voraussetzung bestehen, daß ein Recht an einer Sache nichts anderes bedeutet, als eine eigentümliche Stellung, eine besondere Herrschaft des Rechtssubjekts innerhalb der Rechtsordnung in Ansehung dieser Sache. Robinson auf seiner Insel würde solange zu keiner Ausbildung sachenrechtlicher Begriffe Veranlassung haben, als er nicht auf andere Inselbewohner stieße und zwar auf solche, die er nicht etwa selbst als Sachen (Sklaven) betrachtete und behandelte, sondern als Rechtssubjekte neben sich anerkannte. Auch das Sachenrecht also ordnet nur die Verhältnisse des Menschen zum Menschen. Ein subjektives Recht an einer Sache ist ebensogut ein Recht nur auf Grund einer an andere Menschen gerichteten Norm, wie irgendeine Norm des Personenrechts, des Familien- und Erbrechts und des im letzten Buche darzustellenden Obligationenrechts. Logisch und systematisch bildet das gemeinsame Band, welches die Sachenrechte verknüpft, nur der dingliche Rechtsschutz, die actio in rem. Das dingliche Recht ist aber nur eine besondere Form des absoluten Rechts

und dessen Natur besteht im Gegensatze zum relativen (objektiv-persönlichen) Recht lediglich darin, daß hier die Norm zunächst nur einen ganz unbestimmten rein negativen Inhalt hat, indem sie verbietet, den Berechtigten in seiner Beziehung zur Sache zu stören, zu beeinträchtigen, sich also zunächst unbestimmt gegen alle anderen Menschen richtet, so daß ein bestimmter Anspruch auf Grund des Sachenrechts gegen einen bestimmten Anderen erst einer Rechtsverletzung entspringen kann. Offenbar teilt aber das Sachenrecht oder dingliche Recht diesen absoluten Rechtsschutz mit den Persönlichkeitsrechten (S. 74 f. oben), auch mit manchen Ansprüchen des Familienrechts und des Erbrechts.

Offenbar meinen diejenigen, die wie z. B. Dernburg (Pand. I § 22) das Wesen des Sachenrechts in einer unmittelbaren Herrschaft des Rechtssubjekts über die Sache sehen, nichts anderes, als diesen absoluten, gegen jedermann von vornherein gegebenen, verbietenden (negativen) Inhalt der Normen im Gegensatze zu dem mittelbar auf Erlangung (Leistung) einer Sache gerichteten (positiven) Anspruch gegen eine bestimmte Person (actio in rem im Gegensatz zur actio in personam, vgl. Bd. I S. 238 f.).

II. Die Weltanschauung des Juristen als solchen[1]) ist notwendig anthropozentrisch d. h. das Recht und also auch die Rechtswissenschaft geht von dem Grundsatze aus: „Die Welt ist für den Menschen (für ‚mich als Person') da, der Mensch ist der Herr der Erde". Sie ist auch notwendig idealistisch und gar subjektivistisch in dem Sinne, daß der allgemeine Satz unserer idealistischen Erkenntnistheorie: „Kein Objekt ohne Subjekt" bei ihm eine ganz besondere Färbung annimmt durch den ausgesprochenen teleologischen Charakter seines Denkens, — die Rechtswissenschaft ist Zweckwissenschaft; die Außenwelt ist für sie nur soweit vorhanden und hat nur soweit Interesse für sie, als sie menschlichen Zwecken dient, menschlichen Zwecken unterworfen werden kann; und zwar solchen, zwischen denen ein Widerstreit, ein Kampf um die Herrschaft entstehen kann.[2])

---

[1]) Selbstverständlich schließt dies nicht aus, daß der Jurist philosophisch — abgesehen von der Rechtsphilosophie — einer anderen Weltanschauung huldigen kann.

[2]) Auch die Umkehr des Satzes: „Kein Subjekt ohne Objekt" läßt sich vertreten. Subjekt und Objekt sind Wechselbegriffe. Vgl. z. B. Schelling, W. I, 1 S. 165 f. Schopenhauer, W., Frauenstädtsche Ausgabe I, 17. In der Jurisprudenz, deren Gegenstand nicht die Welt als bloße Vorstellung, sondern die Welt als

Sache (res) ist in der Terminologie der römischen Jurisprudenz alles, was dem Willen des rechtsfähigen Subjekts unterworfen ist. Das römische Sachenrecht trägt, wie besonders verdienstvoll Sokolowski in seinem Werke „Die Philosophie im Privatrecht" nachgewiesen hat, in seiner ihm schließlich durch die Juristen gegebenen logischen Gestaltung überall den Stempel der antiken Philosophie, besonders das Gepräge der aristotelischen, andrerseits auch der stoischen Schule, und hieraus erklären sich auch einzelne Gegensätze der Juristenschulen (z. B. der Prokulejaner und Sabinianer).

Hieraus ergibt sich die erste wichtige Einteilung der Dinge, die den Gegenstand des Sachenrechts bilden können, in res corporales et incorporales [1]) d. h. in sinnlich wahrnehmbare, körperliche einerseits und andererseits unkörperliche, unsinnliche, denen lediglich ein begriffliches (intelligibles) Sein zukommt, „die allein in der Vorstellung des Individuums ihren Bestand haben". Selbst an den körperlichen Dingen der Außenwelt interessiert den Juristen

---

Wille bildet, bedeutet dies, daß man seine Anerkennung als Rechtssubjekt, als Person, selbstverständlich durchgesetzt haben muß, um nicht selbst als bloßes Objekt, als Sache (Sklave) behandelt zu werden, und um einen berechtigten Anteil an der Herrschaft über die Außenwelt behaupten zu können.

[1]) Vgl. dazu Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB. I S. 265: Metaphysisch und naturphilosophisch kann das Wesen der Körperlichkeit im allgemeinen, wie auch im besonderen die Frage, ob einem Gegenstande der Sinnenwelt das Prädikat der Körperlichkeit zukommt, zweifelhaft sein; für die Rechtsphilosophie genügt der selbst für den Idealismus zunächst als Tatsache gegebene Unterschied zwischen äußerer Wahrnehmbarkeit und rein subjektiver (innerlicher) Gegenständlichkeit, der Gegensatz zwischen der durch die Sinne vermittelten Erfahrung und einer rein unmittelbaren, durch das Vorstellungsleben gegebenen Dinglichkeit. Alles, was in die erstere Kategorie fällt, ist für die Rechtswissenschaft körperlich, einerlei ob es dabei ontologisch oder auch nur naturwissenschaftlich unter den Begriff einer körperlichen Substanz oder einer bloßen Eigenschaft, eines Zustandes fällt. Der Gegensatz zwischen Substanz und Akzidenz geht uns hier nichts an. Stofflich, körperlich ist für uns jedes stoffliche Phänomen, wofern es nur im rechtlich-wirtschaftlichen Verkehr als solches einen Gebrauchs- und Tauschwert hat und demgemäß nach der Verkehrsanschauung als selbständiger Gegenstand gelten kann. Stoffliches, im äußeren Raume auftretendes Phänomenon ist aber nicht nur das mit den Händen Greifbare, sondern alles, was sich, sei es auch nur durch die künstliche Verschärfung irgendeines unserer Sinne — Gesicht, Gefühl, Gehör, Geruch —, als natürlich wirksam darstellt. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch Gase, ja selbst die Wärme, das Licht und die Elektrizität, auch der Schall körperliche Sachen im Rechtssinne darstellen, obwohl die letzteren naturwissenschaftlich als bloße Bewegungszustände oder Kräfte (Imponderabilien) erklärt werden.

als solchen nicht ihre rein physikalische Beschaffenheit, noch weniger die metaphysische erkenntnistheoretische Frage von einem transzendentalen „Ding an sich", sondern ihre Brauchbarkeit für menschliche Zwecke. „Ein Haus besteht z. B. keineswegs der Ziegeln und Steine wegen, sondern diese des Hauses wegen";[1]) wenn daher auch im Prozeß des Werdens der körperlichen Einzelsache der Stoff das erste ist, so geht doch dem Bestand und Wesen nach die Form oder die Idee der Sache vor (Sokolowski a. a. O. S. 28). Daher kann Sache im Sinne des römischen Sachenrechts auch ein bloßes Recht, z. B. eine Forderung sein; denn es kann als Gegenstand dinglicher Rechte einen Wert haben (res incorporalis).

1. Diese teleologische Denkweise des Juristen entscheidet daher auch zunächst die Frage, ob eine Sache als Einheit (Einzelsache) oder als Mehrheit von Sachindividuen anzusehen ist. Vorausgesetzt wird, um eine Sache als Einzelsache zum Objekt von Rechten machen zu können, nur ein tatsächlicher dauernder Zusammenhang, sei dieser nun von Natur gegeben oder erst künstlich herbeigeführt.

a) Die l. 30 D. pr. de usurp. 41, 3 bezeichnet die von Natur zusammenhängenden Stücke der Außenwelt, seien sie nun belebt oder unbelebt, als *ἡνωμένα*, res unitae sc. quae uno spiritu continentur, die künstlich zusammengefügten (Artefakte) als res connexae oder *συννημένα*. Bei einer solchen sogenannten universitas rerum cohaerentium gelten die einzelnen Teile, in die sich physisch die Sache zerlegen läßt, juristisch gar nicht als besondere Sachen. Die Sache bleibt dieselbe, auch wenn einzelne Teile durch den natürlichen Stoffwechsel (bei der res unita) oder durch Reparatur (beim Artefakt) durch andere ersetzt werden.[2])

b) Aus wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgründen ist aber die römische Jurisprudenz auch zur Zusammenfassung körperlich selbständiger Sachen zu einer Einheit, der universitas rerum distantium, fortgeschritten, für Dinge, die wie eine Herde,

---

[1]) Aristoteles, De partibus animalium II, 1 p. 646 (27).

[2]) Besonders betont und geistreich begründet wird dies l. 76 D. de judiciis 5, 1: idemque navem, si adeo saepe refecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret quae non nova fuisset, nihilominus eandem navem esse existimari, quod si quis putaret partibus commutatis aliam rem fieri, fore ut ex ejus ratione nos ipsi non idem essemus qui abhinc anno fuissemus, propterea quod, ut philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis consisteremus, hae cottidie ex nostro corpore decederent aliaeque extrinsecus in eorum locum accederent.

ein Bienenschwarm eine landwirtschaftliche, sich selbst erhaltende Einheit bilden. Dieser Begriff bietet das objektive Seitenstück zur universitas personarum: wie bei letzterer das Subjekt dasselbe bleibt trotz Wechsels der darin zusammengefaßten Einzelpersonen, so bleibt hier das Objekt dasselbe, wenn auch die einzelnen Stücke wechseln.[1])

2. Ein von Natur gegebener Unterschied der körperlichen Sachen von größter Bedeutung auch für ihre rechtliche Behandlung, ist derjenige zwischen Liegenschaft und Fahrnis, zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen. Von Natur unbeweglich sind nur die Grundstücke nebst allem, was mit ihnen zusammenhängt (Gebäude, Bäume, Pflanzen). Das römische Recht — und dies ist die wirtschaftspolitisch bedenklichste, schwächste Seite seines Sachenrechts — hat freilich die Bedeutung dieses Unterschieds nicht so zu würdigen verstanden, wie beispielsweise das deutsche Recht; ja, es hat, indem es die Rechtsverhältnisse am Grund und Boden fast durchweg denselben Regeln unterstellt, wie diejenigen an beweglichen Sachen (Fahrnis) der sogenannten „Mobilisierung" der Grundwerte die Wege gebahnt, wodurch mit der Untergrabung der bodenständigen Gesellschaftsschichten die Nationen gewissermaßen entwurzelt werden. — Der Grund und Boden als solcher heißt solum, ein Grundstück als Ganzes für sich betrachtet, fundus, als wirtschaftliche Einheit praedium. Praedia rustica sind Grundstücke, die zum Betriebe des Landbaus bestimmt sind, praedia urbana solche, die dem vom Gebrauch zur Gewinnung von Bodenerzeugnissen unabhängigen Bedürfnissen dienen, wobei der Ort nicht entscheidend ist; ein nur für die Annehmlichkeit des Bewohners bestimmter Garten am Hause, der nicht wesentlich zur Oekonomie bestimmt ist, gilt als bloße Akzession eines praedium urbanum.

Die Einteilung der beweglichen Sachen in res mobiles und se moventes d. h. in solche, die nur durch äußere Kraft bewegt werden oder, wie die Tiere sich selbst bewegen, ist eine juristische Banalität.

3. Dagegen ist eine andere Haupteinteilung der Sachen, nämlich diejenige in res in commercio et res extra commercium von so grundlegender Tragweite, daß wir ihm im folgenden Paragraphen eine besondere Erörterung widmen müssen.

---

[1]) Die universitas rerum distantium wird, wenn sie nicht nur aus körperlichen, sondern auch aus unkörperlichen Sachen (Rechten) besteht, als Vermögensinbegriff zur universitas juris (Beispiele: hereditas, peculium, dos).

Literatur: Zu I vgl. vor allem Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit. Berlin 1889.

Zu II, 1: Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht (I. Teil: „Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung"). Goeppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischen Recht 1870. Regelsberger, Pandekten I §§ 96 ff.

Zu II, 2: vor allem Arnold, Kultur und Recht der Römer, S. 144 ff.; Heusler, Institutionen des deutschen Rechts I §§ 67 ff.

Aus den Quellen: pr. § 1, 7 de reb. incorporalibus 2, 2: Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales eae sunt, quae sui natura tangi possunt: veluti fundus, homo, vestis aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt, quae in jure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.

L. 30 pr. D. do usucap. 41, 3. Tria autem sunt genera corporum: unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter so cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex.

L. 70 § 3. D. de usufr. 7, 1. Quoties gregis vel armenti vel equitii, i. e. universitatis ususfructus legatus est (non singulorum capitum). cf. L. 23 pr. D. de usucap. (universitas aedium). L. 2 § 6 D. pro emt. 41, 4 (universitas fundi). L. 51 § 1 D. locati. 19, 2 (universitas consummationis).

§ 18 J. de legat. 2, 20. Est gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. Cf. L. 21, 22.

L. 20 § 10 D. 5, 2 „in hereditate . . . et in peculio castrensi vel alia universitate", L. 1 § 4 D. de dote praeleg. 33, 4 „quod diximus, ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum". Glossa ad L. 1 § 8 D. quando de peculio. 15, 2. „Peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur; sed illud verum est de corpore aliquo aut corporea universitate, ut equitio". — Die Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, S. 190 oben. — Vgl. Hasse über universitas iuris et rerum im ziv. Arch. V, 1.

L. 7 § 10 D. de adqu. dom. 41, 1: omne, quod inaedificatur, solo cedit. — L. 40 D. de act. empt. 19, 1: Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo.

Das deutsche BGB. hat in seinem sehr bedenklichen § 90 den Begriff der Sache auf körperliche Sachen eingeschränkt und für „res" im römisch-rechtlichen Sinne den Ausdruck „Gegenstand".

§ 50. Res extra commercium (Res omnium communes, Sachen im Gemeingebrauch, Sachen des unvollkommenen Individualrechts, verkehrsunfähige Sachen).

I. Die allgemeinen Sachen (Res omnium communes): Gewisse Teile der Außenwelt entziehen sich durch ihre Natur zwar nicht der menschlichen Benutzung überhaupt, wohl aber der ausschließlichen Beherrschung durch ein Individuum und damit dem Privatrecht oder, wie v. Ihering in dieser Hinsicht sagt, dem „Individualrecht". Sie unterliegen einem natürlichen „Kommunismus". Als solche res ommnium communes bezeichnen die Römer die Luft, das strömende Wasser und endlich das Meer und den Meeresstrand. Der Grund liegt sowohl in der physischen Unmöglichkeit ihrer ausschließlichen Aneignung als auch im Mangel eines Interesses, da nicht allein der Gebrauchswert, sondern der Tauschwert einer Sache das treibende Motiv ihrer Aneignung und ihrer Hereinziehung in den Rechtsverkehr (commercium) bildet. Was zunächst a) die Luft betrifft, so ist zwar ihr Gebrauchswert der denkbar höchste, ihr Tauschwert aber, solange die Natur sie in unerschöpflicher Fülle spendet, gleich Null. Uebrigens ist die Luft als zusammenhängendes Ganze der Atmosphäre gemeint und nicht ein bestimmter Luftraum; der Luftraum über einem Grundstück steht vielmehr, soweit das verständige praktische Interesse an seiner Beherrschung reicht, als Akzession des Grundstücks unter privatrechtlichem Schutz. Auch ist die Aneignung einer aus dem allgemeinen Luftmeer ausgeschiedenen bestimmten Luftmenge ebensowenig unmöglich wie rechtlich unzulässig, und eine solche Luftmenge kann, solange sie in Behältern gefaßt ist (oder gar kraft moderner Technik flüssig gemacht ist), selbstverständlich Gegenstand eines Privatsachenrechts sein.

b) Auch beim fließenden Wasser bestimmt sich die Verkehrsfähigkeit lediglich nach der Möglichkeit tatsächlicher Besitzergreifung und dem praktischen, verständigen Interesse. „Das fließende Wasser kann nicht ohne körperliche Unterlage und Umschließung bestehen; mit der letzteren bildet es die Quelle und den Fluß. Jede Benutzung des fließenden Wassers durch Schöpfen usw. gilt als Benutzung nicht des fließenden Wassers, sondern der Quelle und des Flusses. Hieraus erklärt sich, daß trotz der Rechtsunfähigkeit des fließenden Wassers ein jus aquae ducendae, hauriendae etc.

begründet werden kann usw. — So bleibt (als einzige praktisch erhebliche Folgerung) nur übrig, „daß am fließenden Wasser kein Diebstahl möglich ist" (Regelsberger, Pand. § 108).

c) Das Meer untersteht lediglich einer staatsrechtlichen Hoheit und eventuell dem Völkerrecht. Wo man heutzutage von einem staatsrechtlichen „Eigentum" an einem Meere redet, ist selbstverständlich kein fiskalisch privatrechtliches Eigentum, kein patrimonium civitatis gemeint. Der Strand ist soweit extra commercium, als er der höher oder niedriger steigenden Brandung ausgesetzt ist. Auch bei den Römern konnten Teile des Strandes durch Strandbauten, Deiche usw., wie ausdrücklich berichtet wird, selbstverständlich (mit öffentlich-rechtlicher Genehmigung) okkupiert und „privatisiert" werden.

II. Die öffentlichen Sachen (Res publicae); das Recht des Gemeingebrauchs: Die richtige Abgrenzung zwischen öffentlichen und privaten Interessen ist die höchste und schwierigste Aufgabe des Rechts. Der so oft gemachte Versuch, dafür eine abstrakte Formel zu finden, ist wie die „Quadratur des Zirkels" stets mißglückt. Denn diese Grenzlinie wird in Wirklichkeit nie etwas anderes sein, als die Diagonale zwischen einem Parallelogramm sehr verschiedenartig zusammengesetzter Kräfte, die kein Gesetzgeber meistern kann, und die Aufgabe der Theorie kann nur die sein, Irrtümer zu bekämpfen, die ihrerseits wieder in diesem Parallelogramm der Kräfte, wie beispielsweise die heutzutage grassierenden Theorien des Staatssozialismus, eine maßgebend Rolle spielen können. Einer der bedenklichsten prinzipiellen Irrtümer aber ist derjenige, der den Staat zu einer privatrechtlichen Persönlichkeit macht, die neben oder gar über den wirklichen Individuen ein privatrechtliches Zwecksubjekt bildet, dessen Monopolisierung dann schließlich jedes andere Privatrecht geopfert werden kann. Denn da ein solches Staatswesen ein Phantom ist, so dient diese privatrechtliche Auffassung des Staatswesens immer nur als Trugmittel für selbstsüchtige Privatzwecke der jeweiligen Machthaber. Gleichwohl hat dieser Irrtum, die Verkennung des Staats als eines „Gemeinwesens" (res publica), eine solche Rolle gespielt, daß es immer noch erforderlich ist, gegen die Verwechslung der Begriffe der Staatshoheit mit einem Staatseigentum anzukämpfen. Zweifellos hat dieser Irrtum ursprünglich keinem Volke ferner gelegen, als dem römischen, solange es von einem richtigen „republikanischen" Geiste beseelt war, der mit dem modernen poli-

tischen Republikanismus nicht die geringste Aehnlichkeit hat. Wie v. Ihering in seinem Geist des römischen Rechts (II § 15) meisterhaft klargestellt hat, war das Prisma der nationalrömischen Auffassung des Gemeinwesens das Prinzip des subjektiven Willens. „Privatrechte und öffentliche Rechte unterscheiden sich nicht durch Verschiedenheit des Subjekts voneinander; Subjekt ist für beide die natürliche Person, und der Unterschied liegt nur darin, daß die Privatrechte auf den Einzelnen eine ausschließliche Beziehung haben, während an der öffentlichen jeder partizipiert. — Res publica, nach späterer Auffassung der Staat als Persönlichkeit gedacht, bezeichnet daher ursprünglich nichts weiter, als was allen Bürgern gemeinsam ist, res publicae die einzelnen Sachen der publizistischen Sozietät z. B. öffentliche Wege, Plätze usw., an den jeder gleiches Recht hat" (v. Ihering, Geist des römischen Rechts a. a. O. S. 211). An diese gesunde, aber leider dem modernen Empfinden, das in breiten Schichten auf bedenkliche anti-individualistisch sozialistische Abwege gerade durch diese Entfremdung geführt wird, entfremdete Auffassung müssen wir uns erinnern, um die Rechtsverhältnisse der res publicae im Lichte der römischen Auffassung zu verstehen. Auch die res publicae, obwohl ihre Natur, da es sich hier ja vorwiegend um Grund und Boden handelt, eine Privatisierung nicht ausschließt, stehen in niemandes Eigentum, auch nicht im Eigentum des Staats. Ein Eigentum an ihnen kann auch nicht entstehen, weder durch Vertrag noch durch Usukapion, auch der juristische Besitz an ihnen ist nicht möglich, ebensowenig können Servituten entstehen, auch durch Nichtgebrauch (non usus) kann ihre Rechtsqualität nicht untergehen. Sie scheiden eben vollständig aus dem Privatrecht aus, sind res extra commercium. Das damit anerkannte Recht des Gemeingebrauchs steht im grundsätzlichen Gegensatze zum Individualrecht. Den Römern konnte nie der heutzutage vorherrschende Gedanke kommen, diese Sachen als privatrechtliches Eigentum des Staats zu behandeln, obwohl auch bei ihnen schon frühzeitig das Gemeinwesen als Aerar z. B. als Eigentümer von Sklaven, auch von zur Privatwirtschaft bestimmten Grundstücken mit den rein privatrechtlichen Interessen in Konkurrenz trat. Auch den Juristen der Kaiserzeit ist dieses publizistische Unterscheidungsvermögen bis auf die byzantinischen Kompilatoren Justinians niemals abhanden gekommen, und es war erst dem modernen Polizeistaat und einer verknöcherten Schulwissenschaft vorbehalten, diesen wichtigen Gegen-

satz zu verwischen, so daß v. Ihering ihn geradezu erst wieder entdecken mußte. Noch Justinian unterscheidet klar und deutlich zwischen den im privatrechtlichen fiskalischen Eigentum des Staates stehenden Sachen, patrimonium populi, und den überall nicht dem Privatrecht unterworfenen loca publica, quae non in pecunia populi, sed in usu publico habentur. Als res publicae in diesem Sinne, daß sie zwar dem Staate bzw. der Gemeinde „gehören" (ejus sunt d. h. dem verfassungsmäßigen Hoheitsrecht unterworfen sind), nicht aber fiskalisches Vermögen bilden, nennt noch das corpus juris: a) die öffentlichen Wege und Straßen, sei es nun, daß vom Staat oder der Gemeinde angelegt oder seit unvordenklicher Zeit als solche behandelt sind; b) die öffentlichen Plätze; c) die öffentlichen Flüsse. d) Neben dem eigentlichen res publicae kennt auch das römische Recht einen usus publicus an Privatsachen z. B. ein öffentliches Wegerecht über ein Privatgrundstück.

III. Res divini juris: Eine dritte Rechtskategorie von Sachen verdankt ihre Ausnahmestellung dem vornehmsten und edelsten Gefühl der Menschenseele, der Religion und Pietät. Eine Rechtskultur, der dieses Gefühl abhanden kommt, mag sie auch gleichzeitig mit der vollkommensten Technik Hand in Hand gehen, ist keine humane, keine im edleren Sinne menschliche mehr, sondern nur der verzerrte Ausdruck materialistischer Entartung. Die humane Rechtskultur der Römer entzog dem Privatrechtsverkehr: a) sämtliche dem Gottesdienst geweihten Sachen (res, quae dis superis dedicatae sunt); b) die res religiosae (dis manibus dedicatae).

Die besondere Rechtsqualität der letzteren entsprang aus der Pietät gegenüber dem menschlichen Leichnam. Der Körper der lebenden Menschen als sichtbare Erscheinung der Person ist selbstverständlich keine Sache. Aber auch entseelt wird er nicht zur Sache im Rechtssinn. Es verstößt gegen die Pietät und somit gegen die guten Sitten, ihn als solche zu behandeln. Seine einzige Zweckbestimmung ist die Bestattung, und daher wird auch der Platz, wo ein Toter begraben ist, ein locus religiosus. Dies galt auch für das Grundstück, auf dem ein Sklave beerdigt ist.[1])

Alle res sacrae und religiosae sind zugleich sanctae d. h. sie stehen unter besonderem Schutz, ihre Verletzung wird schwer bestraft (befriedete Gegenstände). Es gibt aber auch res sanctae, die

[1]) L. 2 D. pr. de relig. 11, 7.

nicht extra commercium sind, wie z. B. Grenzmauern, Hecken und Zäune (vgl. Bd. I S. 54).

Zu I vgl. § 1 J. de rer. div. 2, 1: Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis et monumentis et aedificiis abstineat. § 3: Est autem litus maris, quaternus hibernus fluctus maximus excurrit.

In Ansehung der res omnium communes war der Rechtsschutz durch die actio injuriarum gedeckt. Vgl. S. 76 oben.

Zu II. Vgl. l. 6 pr. D. de contr. empt. 18, 1; l. 72 § 1 D. ibid.: si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit; l. 83 § 5 D. de v. o. 45, 1; § 2 J. de inut. stip. 3, 19; l. 2 § 3 D. h. t. 43, 8: Publici loci appellatio quam ad modum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat. Ueber Wege vgl. l. 31 D. ad leg. Aq. 9, 2; l. 2 § 23 D. 43, 8; l. 1 § 3 D. 9, 3.

Vgl. § 2 J. de rer. div. 2, 1. „Flumina omnia et portus publica sunt". L. 2 D. de div. rer. 1, 8. „Flumina paene omnia et portus publica sunt". L. 1, De de flum. 43, 12 § 1. Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. § 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen Cassius esse definit, quod perenne sit; haec sententia videtur esse probabilis. § 4. Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum; nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum.

Das Schutzsystem in Ansehung der res publicae war doppelter Art: Zunächst kannten auch sie eine Polizei des Gemeingebrauchs; die Aufsicht über die res publicae gehörte zur Amtspflicht der Aedilen (Bd. I S. 147). Allein, da der usus publicus ein subjektives Recht jedes einzelnen Bürgers ist, konnte ihnen dieser polizeiliche Schutz nicht genügen. Sie schufen deshalb die sogenannte actiones populares, deren Grundgedanke der war, daß jeder einzelne Bürger durch ihre Anstellung sowohl sein eigenes als auch das Recht der Gesamtheit wahrnahm. L. 1 D. 43, 10 ex libro Papiniani de officio·aedilium; l. 9 § 17 D. 43, 8; l. 1 D. h. t. 47, 23; l. 1 D. 43, 7 (actio, qua jus suum populus tuetur). Zu diesen Popularklagen gehörten: das interdictum, ne quid fiat in flumine publico (T. 1 Dig. 43, 12, 13), ne quid in loco publico fiat (T. 1 Dig. 43, 8). Ein besonderes Interesse des einzelnen braucht nicht nachgewiesen zu werden, war es aber vorhanden, so nahm die actio popularis den Charakter einer Schadensersatzklage an. L. 42 pr. D. 3, 3; l. 3 § 9 D. 47, 12; l. 2 § 44 D. 43, 8.

pr. J. de rerum divisione 2, 1. Superiore libro de iure personarum exposuimus: modo videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur, sicut ex subiectis apparebit.

l. 34 § 1 de contr. emt. 18, 1. Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

l. 6 § 3 de divisione rerum et qualitate 1, 8. Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private; si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum. Semel autem aede sacra facta, etiam diruto aedificio locus sacer manet.

l. 9 pr. ibid. Sacra loca ea sunt, quae publice sunt dedicata, sive in civitate sint, sive in agro.

l. 6 § 4 ibid. Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In commune autem sepulcrum etiam invitis, ceteris licet inferre. Sed et in alienum locum concedente domino licet inferre, et licet postea ratum habuerit, quam illatus est mortuus, religiosus locus fit.

l. 8 pr. ibid. Sanctum est, quod ab iniuria hominum defensum atque munitum est.

l. 9 § 3 ibid. Proprie dicimus sancta, quae neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata, ut leges sanctae sunt, sanctione enim quadam sunt subnixae.

Zu II und III vgl. l. 83 § 5 de verb. oblig. 45, 1. Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum, aut basilicam, aut hominem liberum, inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest. Nam et quum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse, coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus effectus sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi, et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari possit. Nam et si navem, quam spopondit, dominus dissolvit, et iisdem tabulis compegerit, quia eadem navis esset, inciperet obligari. Pro quo et illud dici posse Pedius scribit; si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeo, donec nascatur; et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur, et dari possit, et per has vires aut cessaturam, aut valituram stipulationem. Sed haec dissimilia sunt; adeo enim quum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: illum, quum servus esse coeperit, dare spondes? item: cum locum, quum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari? quia nec praesentia temporis obligationem recipere potest, et ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem; vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur, et tacite in ea tempus continetur; homo liber certa specie continetur, et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile, neque naturale est; nam de his rebus negotium recte geremus, quae subiici usibus dominioque nostro statim possunt.

Zu III. Obwohl von einem Eigentum an Begräbnisstätten usw. nicht die Rede sein konnte, so nahmen doch die Römer für die Angehörigen ein individuelles Recht auf ihren Schutz an. Dem Schutze dieses „unvollkommenen" Individualrechts (v. Ihering) dienten: a) das interdictum ne qnid in loco sacro fiat (D. 43, 6), b) das interdictum de mortuo inferendo (D. 11, 8), c) das interdictum de sepulcro aedificando (Dig. 47, 12), d) die actio sepulcri violati (D. 47, 12).

Literatur: Vgl. Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach röm. und heutigem Recht. Göttingen 1867. v. Ihering, Gutachten über den Baseler Schanzenstreit, Verm. Schriften S. 103 ff. Davidson, Rechtsschutz des Gemeingebrauchs an den öffentlichen Sachen, Diss. Göttingen 1889. Regelsberger, Pandekten I § 111.

§ 51. Privatrechtliche Eigenschaften der Sachen.

Diejenigen Sachen, welche dem Privatrechtsverkehr unterworfen sind, haben abgesehen von dem schon oben S. 199 erwähnten natürlichen Unterschiede der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit noch gewisse juristische Eigenschaften, die als solche selbstverständlich nichts anderes sind als sozusagen Projektionen des Zweckgedankens, die demnach keine Eigenschaften im ontologischen Sinne sind, sondern nur aus Beziehungsvorstellungen bestehen. Sie sind: 1. entweder teilbar oder unteilbar. Juristisch teilbar (res dividuae) sind res corporales, wenn und soweit sie ohne Wertminderung in mehrere gleichartige Sachen zerlegt werden können. Eine Statue, ein Gemälde, ein Schmuckstück ist also unteilbar, da jede Teilung hier einen Wert zerstört; teilbar ist dagegen eine Stange Goldes, da die Teile zusammen wieder den nur nach Gewicht bemessenen Gesamtwert ergeben. Doch kann man auch bei noch ungeteilten und daher auch bei unteilbaren Sachen von einer sogenannten ideellen Teilung, von partes pro indiviso reden, so daß ihr Wert und ihr Gebrauch unter mehrere verteilt werden kann. Res incorporales, Rechte sind teilbar, wenn ihre Ausübung teilbar ist, so z. B. der Nießbrauch, die Emphyteusis, die Superficies; die Obligationen, welche auf Leistung teilbarer Sachen gerichtet sind, unteilbar, wenn ihr Gegenstand unteilbar ist z. B. eine Obligation auf eine Handlung, die entweder ganz oder gar nicht ausgeführt werden kann, so alle Obligationen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind.

2. Verbrauchbare Sachen (res quae usu minuuntur vel consumuntur). Entscheidend ist lediglich die Bestimmung der Sache vom privatwirtschaftlichen Standpunkte aus. Daher sind verbrauchbar im Rechtssinne nicht nur die zum Verzehren bestimmten Nahrungsmittel, Feuerungsmaterial, Lichter usw., Gegenstände, die ihren Zweck erst erfüllen, wenn sie „konsumiert“ werden, sondern es zählt hierher auch das Geld, obwohl die Münze als solche zu den dauerhaftesten Gegenständen des Verkehrs gehört; denn seine

privatwirtschaftliche Bestimmung gipfelt in der Ausgabe, durch die es aus dem Privatvermögen des einen Individuum ausscheidet und in dasjenige eines andern übergeht. (Eine dem Umlauf entzogene Geldmünze, die einer Münzsammlung eingereiht worden ist, fällt nicht mehr unter diesen Beziehungsbegriff). Die praktische Bedeutung dieser juristischen Eigenschaft tritt vor allem beim Nießbrauch zutage, der als jus utendi fruendi salva rerum substantia streng begrifflich nur an unverbrauchbaren Sachen möglich ist (Quasiususfructus bei Sachgesamtheiten, die verbrauchbare Sachen einschließen).

3. Vertretbare Sachen (Fungibilien), res, quae, pondere, numero mensurave funguntur, heißen solche, bei denen es im Verkehr regelmäßig nur auf ihre Quantität und Qualität, nicht auf die einzelnen Sachindividuen ankommt. Die praktische Bedeutung dieses Beziehungsbegriffs liegt übrigens nicht auf dem Gebiete des Sachenrechts, sondern des Obligationenrechts (vgl. Buch V).

4. Die Zubehöreigenschaft (Pertinenzqualität): Diese juristische Eigenschaft beruht auf der Verbindung, in welche eine Sache mit einer anderen durch ihre wirtschaftliche Bestimmung gesetzt ist, indem sie als Nebensache den Zwecken der Hauptsache zu dienen bestimmt ist und wirklich dazu verwendet ist (Schlüssel im Verhältnis zum Gebäude oder verschließbaren Möbel; Ruder im Verhältnis zum Boot). Eine unmittelbare körperliche Verbindung ist weder erforderlich noch genügend; es können sowohl bewegliche Sachen zu andern beweglichen als auch zu unbeweglichen, ja auch unbewegliche Sachen zu unbeweglichen (z. B. Hofraum, Gartengrundstück zu Wohnräumen) in dieser Beziehung stehen. Die praktische Bedeutung dieses Begriffes gipfelt darin, daß im Zweifel eine rechtliche Verfügung über die Hauptsache die Nebensache mitergreift.

5. Besonders auffällig tritt die rein privatwirtschaftliche Natur der juristischen Qualifikation der Sachen im Begriff der Früchte (fructus) zutage. Frucht im naturwissenschaftlichen Sinne ist dasjenige Erzeugnis eines Organismus, das zur Fortpflanzung seiner Gattung dient, der Jurist aber bezeichnet alle Erzeugnisse einer Sache, die deren wirtschaftlichen Ertrag bilden, als natürliche „Früchte“ derselben (fructus naturales), also nicht bloß die Getreidekörner, auch das Stroh, nicht bloß die Eicheln, auch das Laub und die Zweige, — ja den ganzen haubaren Wald. Solange diese Erzeugnisse noch mit der Hauptsache verbunden sind, spricht man von fructus pendentes oder stantes; sie bilden jetzt noch einen Teil der

Sache; selbständige Sachen werden sie erst mit der Trennung (fructus separati); durch die Inbesitznahme (Einernten) werden sie fructus percepti; Früchte, die nicht gewonnen sind, aber bei sorgfältiger Wirtschaft hätten gewonnen werden können und sollen, heißen fructus percipiendi.

Ferner unterscheidet man fructus mere naturales, rein natürliche Früchte d. h. solche, die wie z. B. die Streu des Waldes, ohne besondere Arbeit — abgesehen vom Einernten — dem Besitzer eines Grundstücks zufallen, und industriales d. h. solche, auf deren Erzielung, wie z. B. bei Ackerbaufrüchten, Arbeit verwandt wird.

Bürgerliche Früchte oder fructus civiles heißen alle Erträgnisse, die aus einer Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewonnen werden, wie z. B. Pachte und Mietzinsen, auch Kapitalzinsen (usurae) überhaupt.

Vgl. zu 1. L. 26 § 2 D. de leg. I (30) Pomponius: In his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede praestanda est. Literatur: Steinlechner, Revision der Lehre von der Teilbarkeit und Unteilbarkeit auf dem Rechtsgebiete 1866; Regelsberger, Pand. I § 101. Frijdank, Bijdrage tot de leer der Deelbarkeit. Herzogenbusch 1864.

Zu 2. Vgl. § 2 J. de usufr.: pecunia numerata ... in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Dig. de usu fructu erarum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur.

Zu 3. Es gilt der Satz: tantundem ejusdem generis est idem. Vgl. BGB. § 91.

Zu 4. L. 13 § 31 cit. Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, utputa puteal. L. 17 § 7 D. l. c. Ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii; utputa fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium; verumtamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. L. 18 § 1 D. l. c. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur; aliud iuris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur; aedibus enim accedunt. cf. L. 17 § 10, 11 ibid. Nicht alles und nicht allein, was erd-, wand-, band-, niet- oder nagelfest ist, ist Pertinenz eines Gebäudes. L. 17. pr. D. l. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Aedium autem multa esse, quae aedibus affixa non sunt, ignorari non oportet, utputa seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, utputa vasa vinaria, torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.

Im BGB. vgl. §§ 97, 98.

Zu 5. Vgl. Heimbach, Die Lehre von der Frucht 1843. Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse 1869. Petracyzki, Die Lehre vom Einkommen

1893. L. 17 D. de v. S. 50, 16: **Frugem pro reditu appellari, non solum frumenti aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Julianus scribit.**

§ 52. Res mancipi und res nec mancipi.

Nationalrömisch war von größter Wichtigkeit die Einteilung aller Sachen in res mancipi und res nec mancipi.

Erstere waren diejenigen Sachen, welche durch die Bd. I S. 171 geschilderte Form des nationalrömischen Rechtsverkehrs, durch mancipatio übertragen werden konnten, letztere die, auf welche diese Form nicht anwendbar war. Wir haben gesehen, daß übrigens die Form der Manzipation nicht nur sachenrechtliche, sondern auch familienrechtliche und erbrechtliche Bedeutung hatte, so bei der Begründung der Manusehe durch coemptio (S. 83 oben), bei der Emanzipation (S. 113 oben), beim Testament (S. 156 oben). Eine Erklärung dafür bietet unseres Erachtens nur die urgeschichtliche Entstehung dieser Erwerbsform, die noch in eine Zeit zurückreicht, in der es kein gemünztes Geld gab (raudusculum, Wage), in der aber vor allem der ursprünglichste Rechtsbegriff des Privatrechts, die manus d. h. die Gewalt sich noch in keiner Weise, auch nicht in seiner Richtung über Personen einerseits (Freie und Sklaven) und Sachen differenziert hatte. Darum sind auch res mancipi nur diejenigen Sachen, welche nach altnationaler römischer Anschauung in einem besonderen Verhältnis zum römischen Hauswesen (familia, heredium) standen, dessen Grundlage und wichtigsten Bestandteile bildeten, nämlich: a) vor allem Grundstücke, und zwar nur solche in Italien. (Provinzialgrundstücke wurden rechtlich zunächst ager publicus vgl. Bd. I S. 217); b) die Rustikalservituten c) abgesehen von Sklaven die vierfüßigen Zug- und Lasttiere (Rinder, Pferde, Esel, Maultiere).

Es wäre falsch anzunehmen, daß an diesen Sachen echtes römisches Eigentum nur im Wege der Manzipation übertragen werden konnte, da frühzeitig auch die in jure cessio (Bd. I S. 172) zu Gebote stand. Aber es ist richtig, daß an res mancipi echtes römisches Eigentum für Ausländer (peregrini), die ja auch von der in jure cessio ausgeschlossen waren, nur dann begründet werden konnte, wenn sie das jus commercii hatten (Bd. I S. 66 ff., 129). An allen anderen Sachen, res nec mancipi, z. B. Kleinvieh, pecus (pecunia) und sonstigen Wertgegenständen konnte also Eigentum auch nach jus

gentium durch formloses Rechtsgeschäft (Tradition) begründet werden. Für die Römer selbst wurde dieser Unterschied praktisch bedeutungslos, als mit der Zeit der Prätor auch ein sogenanntes bonitarisches Eigentum neben dem privatrechtlichen anerkannte und durch besondere Klage und Einreden schützte (vgl. Kap. II § 55 weiter unten). Die seitdem völlig wertlose Unterscheidung ist ausdrücklich erst von Justinian, der den formell auch auf dem sachenrechtlichen Gebiete noch geltenden Dualismus zwischen jus civile und jus gentium beseitigte, bei Gelegenheit seiner Bestimmungen über die Usukapion aufgehoben worden. (Cod. VII, 31 de usuc. transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.)

Vgl. die Quellenstellen in Bd. I S. 173. Gajus II § 18, 19, 28: magna autem differentia est inter mancipi res et nec mancipi. — Nam res nec mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt. — Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae; quod autem valet mancipatio, idem valet et in jure cessio.

Ueber den Grund der Unterscheidung ist viel gestritten worden. Vgl. die Zusammenstellung der Hypothesen bei Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts S. 192. Puchta und früher auch v. Ihering wollten die Einteilung mit der Verteilung der Kriegsbeute in Beziehung setzen (Puchta, Inst. § 238). Im Geist des römischen Rechts I § 10 erklärt v. Ihering diese Hypothese nicht mehr für richtig, führt aber nicht unzutreffend aus, daß jedenfalls die mancipatio sich erklärt als eine Form, nach welcher der „Akzent der Eigentumsübertragung auf der Tätigkeit des Empfängers, auf seinem Nehmen (manu — capere), nicht auf der Hingabe des Gebers (tradere) ruht“, daß diese uralte Rechtsform seine Auffassung von jener Quintessenz altrömischer Lebensanschauung bestätige, daß jeder einzelne den Grund seines Rechts in sich selbst trägt, das Recht sich selbst nimmt, im Falle der mancipatio freilich unter Garantie der fünf ursprünglich den Umstand des Volks repräsentierenden Zeugen. Unsere Erklärung s. unten Kap. II § 55.

§ 53. Entstehung und Endigung dinglicher Rechte. Allgemeine Einteilung des römischen Sachenrechts.

I. Selbstverständlich gelten für die Entstehung und Endigung dinglicher Rechte die allgemeinen Grundsätze, welche für Entstehung und Endigung subjektiver Rechte überhaupt maßgebend sind. Jede Entstehung eines Rechts ist Erwerb, jede Endigung Verlust desselben durch die Person, in der es sein Dasein hat (Puchta). Genau genommen kann daher nicht das Recht, sondern nur der Inhalt eines solchen von einer Person auf die andere übergehen. Es wäre aber eine Uebergenauigkeit des Denkens, wenn man hieran in der wissenschaftlichen Terminologie festhalten wollte.

Man unterscheidet daher, indem man den Inhalt eines Rechts mit dem Rechte selbst identifiziert, zwei Arten des Rechtserwerbs, den ursprünglichen und abgeleiteten.

1. Ursprünglich (originär) ist der Erwerb eines Rechts, das mit diesem Inhalt noch nicht in einer anderen Person existiert hat, ein Erwerb, der unabhängig ist von dem Rechte eines anderen, der nicht durch Rechtsnachfolge vermittelt wird, der sogar in vielen Fällen, z. B. bei Okkupation einer herrenlosen Sache voraussetzt, daß ein anderer überhaupt kein Recht an der Sache gehabt hat; hat aber ein anderer ein Recht an der Sache gehabt, so bringt der originäre Erwerb des neuen Rechts dieses, soweit es mit dem Inhalte des neuen Rechts in Widerspruch steht, zum Erlöschen. (Spezifikation, Ersitzung).

2. Abgeleitet (derivativ) ist der von einem Rechtsvorgänger (auctor) abgeleitete d. h. von der Berechtigung dieses Rechtsvorgängers inhaltlich abhängige Rechtserwerb. Für diesen Erwerb gilt der rein logisch begreifliche Grundsatz: Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, oder: non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus, a quo jus in me transit.[1]). Beim derivativen Erwerbe sind aber drei Fälle zu unterscheiden;

a) Der Fall einer Gesamtrechtsnachfolge (successio per universitatem, in universum jus, in universa bona), wie wir ihn im Erbrecht kennen gelernt haben. (S. 127 f.)

b) Der Fall eines Sondererwerbs, der Sonderrechtsnachfolge (Singularsukzession). Hier sukzediert man in ein einzelnes Recht (oder in mehrere einzelne Rechte) für sich. Der Ausdruck auctor wird fast ausschließlich nur von dem, in dessen Stelle wir durch Singularsukzession eingetreten sind, gebraucht.[2])

c) Wenn auch in den meisten Fällen des abgeleiteten Rechtserwerbs das Recht vollständig mit demselben Inhalt auf den Erwerber übergeht, in dem es der Rechtsvorgänger hatte, kann doch auch jemand kraft eines ihm zustehenden Rechts einem anderen ein Recht einräumen, das er als Recht dieses Inhalts nicht hatte, das aber einzelne Befugnisse seines Rechts zu einem neuen Recht gewissermaßen abzweigt. So z. B. kann der Eigentümer kraft seines

---

[1]) L. 175 § 1 D. de R. J. 50, 17.

[2]) In einer Konstitution Diokletians aus dem hermogenianischen Kodex (Tit. de successionibus) kommt er auch für den Erblasser vor. (Cons. vet. JCti 6).

Eigentums jemandem ein Pfandrecht oder eine Servitut bestellen. Auch in diesem Falle liegt derivativer Erwerb vor und gilt der oben erwähnte Grundsatz, zugleich aber wird das neue Recht inhaltlich als solches neu begründet, weshalb man diesen Fall im Gegensatze zu dem der inhaltlich gleichmäßigen Uebertragung, dem „translativen", als konstitutiven Uebertragungsakt bezeichnet.

II. Das römische Individualsachenrecht ist das Ergebnis einer durch nationale Eigentümlichkeiten in besonders hohem Grade bedingten Entwicklung. Es unterscheidet sich wesentlich von den bei anderen Völkern, zumal bei den Deutschen, vor der Rezeption vorhandenen Ansätzen eines sachenrechtlichen Systems. Seine Vorzüge sind die des römischen Rechts überhaupt, Klarheit, Präzision der begrifflichen Gliederung und Konsequenz. Andrerseits aber ist nicht zu verkennen, daß es durch die Verkennung des wirtschaftlich so bedeutsamen Unterschiedes der Rechtsverhältnisse am Grund und Boden und derjenigen an beweglichen Sachen schwerwiegende soziale Nachteile gezeitigt hat, die zum Teil schon im I. Bande (S. 317 f.) gewürdigt worden sind.

Hier überwog der Zug zum Generalisieren, ein gewisser Gleichheitstrieb, der für den Theoretiker vielleicht etwas Bestechendes haben kann, die praktisch verständigere Individualisierung.

Das System des Individual-Sachenrechts erhielt bei den Römern 4 Hauptausprägungen: 1. das Eigentum, 2. die bona fidei possessio, 3. den Besitz, 4. die sogenannte jura in re aliena. Die drei ersteren Typen erfassen die Sache in ihrer Totalität, sie gewährleisten dem Rechtssubjekt nicht nur extensiv, sondern auch intensiv völlige Erschöpfung des Genusses der Sache, consumere, frui, uti, insbesondere auch durch Freiheit der Wahl der Genußform, d. h. volle Dispositionsfreiheit; nur in Ansehung des Rechtsschutzes besteht unter ihnen eine Rangordnung, sofern der bloße Besitzer dem bonae fidei possessor (publizianischen Besitzer), letzterer wieder dem Eigentümer weichen muß. Die vierte Form verzweigt sich in verschiedene Unterarten, je nachdem die eine oder andere Genußform der Sache, ein mehr oder weniger beschränktes frui, uti (Fruchtgenuß, Gebrauch) oder nur eine bedingte Verfügungsfreiheit durch sie gewährt wird (Servituten, Superficies, Emphyteuse, Pfandrecht).

Zu I vgl. Bierling, Grundbegriffe II S. 94 ff. Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 166 ff. Regelsberger, Pandekten I §§ 119, 120.

II. Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts II, § 29: „Durch die natürlichen Unterschiede der Sachen dringt die römische Abstraktion zu dem Begriff der Sache vor und operiert nur mit ihm, indem sie den Einfluß des natürlichen Moments völlig zurückweist; es akkomodiert sich nicht der Begriff (des Eigentums, Erbrechts usw.) der Sache, sondern die Sache dem Begriff. Eine Zersplitterung des Grundbegriffs, wie im germanischen Recht, wo die Begriffe sich willig auflösten und spalteten, um an die natürlichen Unterschiede der Personen und Sachen als die eigentlichen Kerne des rechtlichen Kristallisationsprozesses sich anzuschließen, eine solche Zersplitterung widerstrebte der Natur des römischen Rechts — und so dürfen wir sagen, daß die Tendenz der Gleichheit und Generalisierung sich an den Sachen nicht minder bewährte als an den Personen."

Außerdem ist als charakteristisch die allzu unbeschränkte Autonomie auf dem Gebiete des sachenrechtlichen Verkehrs, vor allem hervortretend in der freien Veräußerlichkeit auch des Grundeigentums und der unbeschränkten Befugnis zum Erwerbe. Vgl. v. Ihering a. a. O. S. 149 ff.

Kapitel II.

Eigentum.

§ 54. Begriff des Eigentums.

Das Eigentum ist die volle (totale und ausschließliche, rechtliche) Herrschaft über eine Sache. Als rechtliche Herrschaft über eine Sache unterscheidet es sich von der rein tatsächlichen Ausübung dieser Herrschaft, dem Besitz. Als volle, ausschließliche Herrschaft über eine Sache steht es im Gegensatze zu den eine Sache nur in bestimmten Beziehungen (nicht in ihrer Totalität) erfassenden dinglichen Rechten an einer fremden Sache (jura in re aliena); die Möglichkeit solcher jura in re aliena widerstreitet unserer Definition nicht, da das Eigentum als solches durch derartige Rechte nur bestimmten Personen gegenüber, nicht gegenüber jedermann eingeschränkt wird.

Das Eigentum in diesem römisch-rechtlichen Sinne kennzeichnet sich 1. durch seinen Inhalt, 2. durch seinen Schutz.

1. Inhaltlich bedeutet Eigentum die Möglichkeit jeder denkbaren Form der wirtschaftlichen Verwendung einer Sache. Ob und in welcher Form der Eigentümer sein Recht genießt, ob durch faktische Disposition über die Sache (realiter) durch Gebrauch, Verbrauch oder selbst Vernichtung (uti, frui, consumere) oder durch rechtliche (Vermieten, Verpachten, Verschenken), oder ob er auch sein Recht gar nicht benützt, ist juristisch völlig gleichgültig. Es

hat daher keinen großen Wert, diesen sogenannten positiven Inhalt des Eigentums, der im einzelnen Falle die denkbar mannigfaltigste Gestalt annehmen kann, von einer negativen Seite des Eigentums, der Ausschließlichkeit, besonders zu unterscheiden.

2. Der Schutz des Eigentums ist im römischen Recht unbedingt und absolut d. h. die rei vindicatio kann gegen jeden Dritten angestellt werden ohne besondere Rücksicht auf dessen etwaigen gutgläubigen Erwerb. (Ubi rem meam invenio, ibi vindico.)

Das Begriffsmoment der Ausschließlichkeit verträgt sich ferner sehr wohl mit einem Miteigentum (condominium); nur kann dieses kein condominium in solidum, kein Gesamteigentum, sondern nur ein condominium plurium pro partibus indivisis sein (vgl. S. 208 oben) d. h. mehreren Personen (Miteigentümern) kann ein gemeinschaftliches Eigentum an derselben Sache nach gedachten (intellektuellen) Teilen zustehen. Jeder der Miteigentümer ist dann berechtigt, über diesen Eigentumsanteil selbständig zu verfügen (rechtlich zu disponieren), in der tatsächlichen Ausübung seines Miteigentums ist jedoch nach den Grundsätzen der communio (Gemeinschaft), die unter das Obligationenrecht fallen, beschränkt. Er kann auch sein Miteigentum selbständig durch eine rei vindicatio pro parte geltend machen. Endlich kann er jederzeit auf Aufhebung der Gemeinschaft dringen durch die unverjährbare Teilungsklage (actio communi dividundo); diese Klage ist eine sogenannte actio duplex (Bd. I S. 242). Der Richter kann dann entweder real teilen oder einem Miteigentümer die ganze Sache zuerkennen (adjudicatio) unter der Verpflichtung, den anderen zu entschädigen. — Das Eigentum verschiedener Personen an verschiedenen Bestandteilen derselben Sachen (pro partibus divisis) ist durch die Einheit der Einzelsache (vgl. S. 199 oben) ausgeschlossen, soweit es sich um wesentliche Bestandteile handelt. Hierauf beruhen die später zu erwähnenden Erwerbsgründe des Eigentums durch sogenannte Akzession. Sofern unwesentliche, lösbare Verbindung vorliegt, liegt kein Miteigentum vor, sondern eine nur äußerliche Verbindung verschiedener im getrennten Eigentum stehender Sachen.

Quellenstellen: Vgl. l. 5 § 15 D. commod. 13, 16: Celsus ait, duorum quidem dominium in solidum vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso dominium habere. L. 28 D. comm. divid. 10, 3: Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi

jus esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. — L. 25 pr. D. de v. S. 50, 16: Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars . . sit; nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse: hoc et Julianus, et est verius. (Sobald ein jus in re hinwegfällt, stellt das Eigentum sich immer wieder als volle Herrschaft her, sogenannte Elastizität des Eigentums.)

Das deutsche Recht kennt auch ein sogenanntes Eigentum zur gesamten Hand; die Eigentümlichkeit desselben ist aber nicht auf dem logisch unanfechtbaren Standpunkte des römischen Miteigentums zu suchen, und es ist falsch, hier von einem eigentlichen Miteigentum in solidum zu sprechen; vielmehr handelt es sich bei der gesamten Hand um eine eigentümlich organisierte Personenverbindung nach Analogie der „juristischen Persönlichkeit".

Eine Kritik des römischen Eigentumsbegriffes ist nicht angängig ohne eingehende rechtsphilosophische Erörterung der Eigentumsidee, was hier zuweit führen würde. Nur soviel mag angedeutet werden. Wie Familie und Ehe, so bildet auch Privateigentum eine natürliche Grundlage, eine conditio sine qua non jeder wahrhaft menschlichen Kultur. Kommunismus führt zum Bestialismus. Alle Einwendungen, welche von Schwärmern und Fanatikern gegen die Eigentumsidee erhoben sind, beruhen auf Verkennung der menschlichen Psychologie und auf unsittlichen Antrieben und erlangen nur dadurch den Schein einer Berechtigung, daß wie jedes Recht, so auch das Eigentum mißbraucht werden kann. Dies gilt nicht nur vom Eigentum an beweglichen Sachen und Produktionsmitteln, sondern auch vom Eigentum am Grund und Boden. Eine gesetzliche Beschränkung des Eigentums an gewissen beweglichen Sachen, bei denen die Gefahr des Mißbrauchs von vornherein einleuchtet, eine Einschränkung der „Verkehrsfähigkeit" mit Giften, Dynamit usw., unter Umständen mit Waffen überhaupt (in Ausnahmezuständen, die Ausnahmegesetze rechtfertigen) darf daher aus theoretischen Gründen nicht grundsätzlich (doktrinär) gemißbilligt werden. Es ist zwar geradezu unsinnig, wenn Rousseau in seinen sozialistischen Deklamationen gegen das Grundeigentum sich zu dem Wunsche versteigt, daß der erste Mensch, der sich einen Teil der Erdoberfläche zum Privateigentum aneignete und abzäunte, hätte „totgeschlagen" werden sollen. Aber andrerseits ist nicht zu verkennen, daß gerade der Mißbrauch des Grundeigentums (Bodenwucher) die gemeinsamen Belangen eines Volkes in besonders hohem Grade gefährden kann. Wenn diesem Mißbrauch durch Ausnahmemaßregeln — Expropriationsgesetze — entgegengetreten werden muß, so wird dadurch die Idee des Grundeigentums als solche nicht in Frage gestellt (Exceptio firmat regulam). Das römische Volk hätte vor dem Untergange gerettet werden können, wenn der im Verlaufe der römischen Geschichte wiederholt auftauchende Gedanke einer dem Bodenwucher entgegentretenden Agrargesetzgebung mit größerer Energie durchgesetzt worden wäre. Wertvoller freilich als solche sozusagen chirurgische Ausnahmemaßregeln ist eine vorbeugende innere Politik, welche der Konzentration besitzloser Massen durch Kolonisation und zweckmäßige Beschränkung der Freizügigkeit einen Riegel vorschiebt und „dezentralisiert". Die unbeschränkte Teilbarkeit des Grundeigentums, die v. Ihering (Geist des römischen Rechts III S. 150) hervorhebt, war sozialpolitisch ebenso unvernünftig, wie die

unbeschränkte Veräußerlichkeit; denn gerade sie führt zur Proletarisierung und Entrechtung und somit mittelbar wieder zur „Latifundienwirtschaft“.

Daß freilich eine vollständige Durchführung der Eigentumsidee am Grund und Boden (in abstrakter Form) die „soziale Koexistenz der Menschen“ unmöglich machen würde, haben auch die ausschließlich privatrechtlich denkenden römischen Juristen nicht verkannt. Diese Einsicht führte zu den sogenannten Legalservituten, d. h. zu gewissen nachbarrechtlichen Beschränkungen, worüber zu vergleichen Kap. IV unten.

Vielmehr ist davon auszugehen, daß gerade Grundeigentum in einer den Familienbestand sichernden Vollständigkeit die beste Grundlage der Seßhaftigkeit und Freiheit bildet. An der Nichtbeachtung dieser zu einer gewissen Beschränkung der Freiheit des Grundeigentums führenden Wahrheit (Heimstättenrecht) ist das römische Volk zugrunde gegangen. Auch die heutige Kultur erscheint vor allem durch den Umstand bedroht, daß die Zahl der mittleren und größeren Grundeigentümer unverhältnismäßig gering geworden ist, und daß die Mehrheit der Bevölkerung nur „zur Miete wohnt“.

§ 55. Geschichte des römischen Eigentums. (Dualismus des quiritarischen und bonitarischen Eigentums).

In der Urzeit Roms gab es zwei Formen des rechtlichen Gehörens einer Sache.

1. Mancipium d. h. dominium ex jure Quiritium. Das Symbol dieses Eigentums ist die manus, sein Schutz die rei vindicatio, bei der das „manus conserere“ ja noch in der Prozeßform hervortritt (vgl. Bd. I S. 185). Es beschränkt sich auf die res mancipi (vgl. § 52 S. 211 oben). Es handelt sich hier offenbar um Sachen, die zum dauernden Besitze des pater familias gehören und daher im weiteren Umstande individuell erkennbar sind; es war sozusagen der civitas, die eben deshalb bei der Manzipation durch fünf Zeugen repräsentiert wurde, bekannt, daß diese Sachen zu diesem Hauswesen zählten, unter die manus dieses Bürgers fielen. Lediglich dieser Umstand ermöglichte ihre Vindikation (Ubi rem meam invenio, ibi vin-dico = vim dico = Berechtigung der Selbsthülfe, Bd. I S. 102). Bei Kleinvieh, Gänsen, Schafen, Kälbern unter einem Jahre lag diese Voraussetzung nicht immer vor; daher gehörte dieses ebenso wie sonstiges Gerät, Schmuck und dergleichen nicht zu den res mancipi. Vgl. oben S. 211.

2. Die zweite Form des rechtlichen Gehörens war die des nicht vindizierbaren Eigentums der res nec mancipi. Bei letzterm beruhte der Schutz ursprünglich nur auf der Dieb-

stahlsklage (actio furti), die in ältester Zeit nachweisbar nicht nur gegen Diebe selber, sondern gegen jeden gegeben wurde, bei dem man die Sache fand.

Nur diese Hypothese — allerdings ist es nur eine Hypothese — dürfte geeignet sein, das uns von Gajus nicht aufgeklärte Rätsel des so frühzeitig auftauchenden Dualismus eines römischen Eigentums ex jure Quiritium und eines natürlichen Eigentums (ex jure gentium) sowie des Unterschieds zwischen den zivilen und natürlichen Erwerbsarten des Eigentums einigermaßen aufzuhellen. Sämtlichen zivilen (national-römischen) Erwerbsgründen gemeinsam ist Oeffentlichkeit (Publizitätsprinzip) und Formalität, Solennität, Feierlichkeit. Das Publizitätsprinzip tritt zutage: a) bei der mancipatio durch die Notwendigkeit der fünf die Zensusklassen, also das Volk vertretenden Zeugen; b) sie wird gewährleistet bei der in jure cessio durch die Vornahme in jure, vor dem Magistrat; c) sie ist ebenso gewährleistet bei der adjudicatio und d) bei der assignatio d. h. der obrigkeitlichen Anweisung von ager publicus oder der Verteilung von Kriegsbeute, venditio sub hasta. — An den res nec mancipi konnte dagegen Eigentum auch durch eine acquisitio naturalis d. h. nach jus gentium unfeierlich und unöffentlich lediglich durch bloßen Besitzerwerb erlangt werden (Okkupation und Tradition). Eine zivilrechtliche Ergänzung aller Erwerbsgründe bildete die Ersitzung (usucapio).

Erst der Prätor hat dadurch, daß er zunächst in solchen Fällen, in denen man sich bei Gegenständen des quiritarischen Eigentums mit einer naturalen, unförmlichen Besitzübertragung, insbesondere bei einem Kauf lediglich sich mit der traditio (juris gentium) begnügt hatte, gegen die rei vindicatio als Anwendungsfall der sogenannten exceptio doli generalis die exceptio rei venditae et traditae gewährte, den späteren Dualismus zwischen einem sogenannten quiritarischen und bonitarischen Eigentum angebahnt. Ein wichtiger Fortschritt der prätorischen Rechtsbildung in dieser Richtung bestand nun darin, daß dem Besitzer nicht nur der defensive Schutz mittels exceptio gewährt ward, sondern auch eine besondere Klage (actio in rem), sei es nun die actio Publiciana oder, was wahrscheinlicher ist, außerdem noch eine rei vindicatio utilis wodurch, wenn die Sache ihm abhanden gekommen war, deren offensive Verfolgung ermöglicht wurde. Mit anderen Worten: Der Prätor stellte

jetzt dem formellen Eigentum des Zivilrechts ein dem Schutze nach gleichwertiges, ja im Konflikt mit dem bloß formellen jus Quiritium wirksameres Recht gegenüber, kraft dessen die Sache tatsächlich im Vermögen (in bonis) des von ihm gegen die rei vindicatio des Zivileigentümers geschützten Besitzers verblieb, und das daher als bonitarisches Eigentum bezeichnet wird. Da dieses bonitarische Eigentum auch an res mancipi durch eine Erwerbsart juris gentium erworben werden konnte, so war das dominium ex jure Quiritium schon durch das prätorische Edikt als bloß nominelles (formales) Eigentum gegenüber dem prätorischen Eigentum wirkungslos geworden und der ursprüngliche Dualismus des rechtlichen Gehörens de facto beseitigt (nudum jus Quiritium), so daß fortan nur noch der Gegensatz zwischen ursprünglichen und abgeleiteten Erwerbsarten des Eigentums praktische Bedeutung behielt. (Diese Entwicklung mußte vor allen den Peregrinen zugute kommen, die ja, soweit sie nicht das jus commercii besaßen, von den zivilrechtlichen Erwerbsformen ausgeschlossen waren. Da die Provinzialen nicht der zivilrechtlichen in dem kurzen Zeitraum von zwei Jahren bei Grundstücken [in Italico solo] sich vollendenden zivilrechtlichen Usukapion ausgesetzt waren, so waren sie, bevor Justinian in seiner oben S. 212 erwähnten lex unica de usucapione transformanda den letzten Rest des Dualismus beseitigte, auf Grund der für sie geltenden longi temporis possessio bzw. praescriptio sogar in gewisser Weise günstiger gestellt; sie waren wie Justinian a. a. O. hervorhebt, nicht durch eine so kurze Ersitzungszeit gefährdet.

Vgl. Gajus II (40, 41). Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut (aut) dominus quisque sit, aut non intelligatur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus; sed postea divisionem accepit dominium, at alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero; in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata vel in iure cessa esset.

§ 54: Ceterum cum apud cives Romanus duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque jure cujusque servus esse intelligitur), ita demum servum in potestate domini esse dicimus, si in bonis ejus sit, etiam si simul ex jure Quiritium ejusdem non sit: nam qui nudum jus Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intelligitur.

A. 52 D. de A. R. D. 41, 1: Rem in bonis nostris habere intelligimus, quo-

tiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus (Modestinus).

L. un. C. de nudo iure Quir. (7, 25). Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi volumus esse distinctionem, nec ex iure Quiritium nomen, quod nihil ab enigmate discrepat, nec unaquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi iuvenum qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sive aliarum rerum ad se pertinentium.

§ 56. Ursprünglicher (originärer) Erwerb des Eigentums.

Die sämtlichen ursprünglichen Erwerbsarten des Eigentums lassen sich in zwei verschiedene Gruppen sondern, deren erste solche Fälle umfaßt, in denen die in Frage kommende Sache noch in niemandes Eigentum steht, oder wo wenigstens der bisherige Eigentümer sein Recht nicht behauptet, während in der zweiten Gruppe bestehendes Eigentum eines anderen durch das neu entstehende des Erwerbers vernichtet wird.

I. Zur ersten Gruppe gehört:

1. Zunächst die Aneignung (Okkupation). Sie setzt voraus: α) daß es sich um eine herrenlose Sache (res nullius) handelt, β) daß der Erwerber in der Absicht der Aneignung deren Besitz ergreift. — Es kann sich nur um Sachen handeln, die entweder noch in niemandes Eigentum gestanden haben (res nullius), die also sozusagen noch ihre natürliche Freiheit genießen, wie vor allem Wild, Fische, Land in unbewohntem Gebiet, Mineralien, Steine, Muscheln usw. am Strande und im Meere, oder um Sachen, deren Eigentum aufgegeben ist (derelinquierte Sachen). Einen besonderen Fall bildete die occupatio bellica (das Recht der Kriegsbeute).

2. Eigentumserwerb am verlassenen Flußbett (alveus derelictus) und der entstandenen Insel (insula in flumine nata). Hier findet keine Okkupation statt; verläßt der Fluß sein Bett ganz oder läßt er eine Insel entstehen, so fällt das Eigentum den Ufereigentümern zu nach Maßgabe ihrer Ufergrenze und der Mittellinie des Flusses; tritt der Fluß nun von einem Ufer weiter zurück, so rücken die Grundstücke dieses Ufers um soviel weiter vor, wie wenn es sich um eine Anschwemmung (alluvio) handelte.

3. ager desertus: War ein zum Ackerbau bestimmtes Grundstück längere Zeit unbebaut geblieben, so erlangte derjenige, der

es zwei Jahre lang ohne Einspruch des Eigentümers bewirtschaftete und die Steuern bezahlte, nach einer Bestimmung des Valentinian, Theodosius und Arcadius das Eigentum.

4. Schatzerwerb: Eine Wertsache, die solange verborgen geblieben ist, daß der rechtliche Zusammenhang zwischen ihr und den unbekannten Erben des ursprünglichen Eigentümers nicht mehr verfolgt werden kann, z. B. ein vergrabener Schatz, fällt zur einen Hälfte an den Finder, zur anderen an den Grundeigentümer.

II. Zur zweiten Gruppe gehört 1. in erster Linie der rechtsphilosophisch interessante Fall des Eigentumserwerbs durch Verarbeitung (Specificatio); hier hat der oben S. 198 erwähnte Einfluß der Philosophie und der Gegensatz zwischen den beiden Beziehungsbegriffen Stoff und Form eine große Rolle gespielt. Wir treffen hier auf eine Streitfrage der sogenannten Begriffsjurisprudenz, die zweifellos die Denkweise der klassischen Juristen mehr, als uns vom kritischen Standpunkt aus berechtigt erscheint, beherrscht hat.

Der abstrakt philosophischen Anschauung der Sabinianer (Bd. I S. 302 ff.) erschien der Stoff, die Materie, die Substanz einer Sache als das Wesentliche, weil im Verhältnis zur wandelbaren Form, deren „Träger“ sie sei, beharrend. Wenn also jemand aus einer Sache durch deren Verarbeitung eine neue species gemacht hatte, z. B. aus fremder Wolle ein Stück Tuch, so erkannten sie den Eigentümer der Wolle auch als Eigentümer des Tuches an (meum est, quod ex re mea superest).[1] Dagegen sprachen die Prokelejaner dem Verarbeiter des Stoffs das Eigentum an dem von ihm neugeschaffenen Gegenstande zu, da die Form maßgebend sein müsse. Eine vermittelnde Ansicht sprach dem Umarbeiter das Eigentum dann zu, wenn es nicht mehr möglich sei, dem umgearbeiteten Stoffe seine frühere Form zurückzugeben. Für letztere Meinung hat sich schließlich Justinian entschieden.

2. Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers (bonae fidei possessor): Die Früchte einer Sache gehören nach ihrer Trennung (fr. separati, vgl. S. 210 oben) selbstverständlich dem Eigentümer. Allein, wenn jemand in entschuldbarem guten Glauben eine fremde Sache als eigene besitzt, so erwirbt er ihr Eigentum mit der Trennung, und braucht selbst, wenn später der Eigentümer mit der rei vindicatio gegen ihn durchdringt, die bereits in gutem Glauben verzehrten Früchte nicht zu erstatten. Vgl. unten § 57.

[1]) Celsus, l. 49 § 1 D. de r. v. 6, 1.

3. Gewöhnlich zählen die Institutionen- und Pandektenlehrbücher hierher auch Eigentumserwerb durch Verbindung (Akzession): Zu unterscheiden ist eine einflußlose Verbindung mehrerer Sachen zu einer vorübergehenden Einheit, aus der jede Einzelsache sich ohne Zerstörung wieder lösen läßt, von einer solchen, durch die eine fremde Sache mit einer Hauptsache dauernd in der Weise verbunden wird, daß sie sich ohne Zerstörung von Werten nicht wieder trennen läßt. Im letzteren Falle (untrennbare Verbindung), z. B. durch Verweben, Verschmelzen, Löten (ferruminatio) erlischt das Eigentum an der Nebensache zugunsten des Eigentümers der Hauptsache, — von einem Eigentumserwerb des letzteren aber kann eigentlich nicht die Rede sein, sondern nur von einem Eigentumsverlust des ersteren, da nach rechtlicher Auffassung die Nebensache als Einzelsache überhaupt nicht mehr existiert. (Vgl. S. 199 oben). Hierher gehört auch der Fall der implantatio, inaedificatio (Verbauen von fremdem Material). Besondere Fälle sind die der confusio und commixtio, Vereinigung flüssiger oder Durcheinandermengung trockener Stoffe, die sich nun wenigstens ohne Nachteil oder unverhältnismäßige Kosten nicht mehr trennen lassen. Sofern hier nicht bewußte Verarbeitung (Spezifikation) vorliegt, also Eigentum durch den Verarbeiter erworben wird, entsteht Miteigentum nach Verhältnis des Wertes.

4. Ersitzung (Usukapion). Ein Recht setzt, wie jegliche Herrschaft und jegliche Fähigkeit, voraus, daß es sich „bewährt“ d. h. behauptet, betätigt. Daher verliert ein Recht, das sich geraume Zeit nicht offenbart, manifestiert, realisiert, seine Existenz. Das ist ein Gesetz der Geschichte, in der deshalb die Träger des Rechts und die Formen des Rechts stets wechseln und oft neben hohl und morsch gewordenen Formen und erstorbenen zu leeren Namen gewordenen Rechtsbegriffen (nudum jus Quiritium) in der tatsächlichen Herrschaft ganz andere Rechte sich geltend machen. So ist im politischen Leben eine Republik oftmals in Wahrheit eine Monarchie und umgekehrt, der Diener zuweilen der Herr [major domus, Pipin], (Recht auf dem Papier und Recht im Leben). Auf sachenrechtlichem Gebiete hat sich diese Wahrheit in dem Gedanken der Ersitzung verkörpert d. h. der Begründung des Eigentums durch fortgesetzte Ausübung. Er tritt schon in den XII Tafeln als usus auctoritas in die Erscheinung. Diese älteste Form der usucapio gehörte zu den zivilen Erwerbsarten (acquisitio civilis)

und stand daher nur römischen Bürgern und solchen Peregrinen zu, die das Commercium besaßen; sie diente eben zur Ergänzung der bei irgendeinem Formfehler den oben S. 219 genannten zivilen Erwerbsgeschäften mangelnden auctoritas. Schon diese Usukapion setzte also einen titulus d. h. ein Rechtsgeschäft voraus, das an sich geeignet war, Eigentum zu begründen. Nur in drei Fällen ließ das alte Zivilrecht eine Usukapion ohne Rechtstitel zu: a) im Fall der usucapio pro herede lucrativa, S. 135 oben; b) bei der usureceptio ex fiducia d. h. wenn jemand Eigentum nur fiduciae causa (fiduziarisch) auf einen anderen im Wege der Manzipation oder in jure cessio übertragen hatte, etwa um ihn als stillen Stellvertreter auftreten zu lassen (vgl. B. I § 8, S. 60 oben), später aber die Rückübertragung versäumte, so fiel das Eigentum an ihn auch ohne neues Rechtsgeschäft durch die bloße Ausübung zurück; c) usureceptio ex praediatura: Wenn jemand z. B. als Pächter öffentlicher Einkünfte dem Aerar sein Grundstück verpfändet hatte — der Ersteigerer eines solchen Grundstücks hieß praediator (von praes = Bürge) —, so konnte er, falls er im Besitz blieb, das versteigerte Grundstück wieder ersitzen.

Die Frist der Ersitzung betrug schon nach den XII Tafeln bei Grundstücken 2 Jahre, bei beweglichen Sachen 1 Jahr. Der Titel allein genügte nicht, vielmehr war subjektiv — mit Ausnahme der Fälle zu a und b — noch guter Glaube des Ersitzenden (bona fides) erforderlich; es genügte aber bona fides als guter Glaube an die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts, also ininitio; — mala fides superveniens non nocet. Ein bloßer Putativtitel d. h. irrig angenommener Erwerbsgrund hatte regelmäßig keine Bedeutung; nur ausnahmsweise, beim Vorhandensein eines äußerlich rechtmäßigen Erwerbsaktes und, wenn der Besitz in der durch die Umstände gerechtfertigten Ueberzeugung vom Vorhandensein eines justus titulus erlangt war, ist seit der hadrianischen Zeit die bona fides allein als ausreichend anerkannt worden.

Usukapionsunfähig waren außer den res extra commercium (§ 50 S. 212 ff. oben) gestohlene Sachen (res furtivae) nach den XII Tafeln und der lex Atinia, ferner fundi vi possessi nach der lex Julia et Plautia.

5. Longi temporis praescriptio. Provinzialgrundstücke waren von der zivilrechtlichen Usukapion ausgeschlossen; an ihnen bestand kein dominium ex jure Quiritium, sie standen formell im

Eigentum des römischen Staates (Bd. I S. 217). Tatsächlich bestand jedoch auch in den Provinzen privater Grundbesitz (possessio) und bonitarisches Eigentum. Seit Ende der Republik wurde hier vom Prätor jeder, der per longum tempus ein justo titulo und bona fide erworbenes Grundstück in ununterbrochenem Besitz gehabt hatte, durch eine sogenannte praescriptio longi temporis gegen die Vindikation geschützt. Das anfangs nicht näher bestimmte longum tempus wurde durch kaiserliche Konstitutionen auf 10 Jahre inter praesentes und 20 Jahre inter absentes festgesetzt. Diese longi temporis praescriptio wurde durch ein Reskript von Antoninus auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt. Abgesehen davon, daß sie nur das commercium juris gentium voraussetzte, also objektiv und subjektiv weiter reichte, als die usucapio, unterschied sich diese Form der Ersitzung von der zivilrechtlichen noch durch die sogenannte accessio possessionis oder temporis. Denn, was bei der usucapio nicht zulässig war, hier konnte auch der Singularsukzessor beim Besitz einer Sache sich die Zeit, während der sein Auktor die Sache schon besessen hatte, für seine l. t. praescriptio anrechnen.

6. Die Ersitzung nach Justinian. Justinian beseitigte auch hier den Dualismus zwischen Zivilrecht und jus gentium. Er verschmolz die usucapio mit der l. t. praescriptio zu einem einheitlichen Institute in der Weise, daß er a) die Ersitzungszeit für bewegliche Sachen auf 3 Jahre, diejenige für unbewegliche Sachen auf 10 Jahre festsetzte und b) die Erfordernisse dieser sogenannten ordentlichen Verjährung in den 5 Voraussetzungen: „res habilis, titulus, fides, possessio, tempus" zusammenfaßte.

Daneben wurde die seit Konstantin bestehende Verjährung der Eigentumsklage als außerordentliche Ersitzungsart — longissimi temporis possessio id est XXX v. XL annorum — ohne Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien und ohne Rücksicht auf Ersitzungsfähigkeit der Sache anerkannt. Erfordernis dieser Ersitzung war also ausschließlich bona fides des Besitzers, sie fand aber nur gegen die der Klagverjährung ausgesetzten Personen statt.

Zu I, 1: Quellenstellen: Vgl. Gajus II § 67: Si feram bestiam aut piscem ceperimus (simul atque captum hoc animal fuerit, statim nostrum fit) et eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia exerceatur; cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen ejus persecutio sit. § 68: In his autem animalibus, quae ex consuetudine abire

et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium: revertendi autem animum videntur desinere habere, eum revertendi consuetudinem deseruerint.

Im BGB. vgl. §§ 958—904. Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 718—719. Vgl. noch v. Ihering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz S. 127 ff. (Das Okkupationsrecht an herrenlosen Sachen einst und jetzt, eine romanistische Elegie).

Zu II, 2, 3: § 22. J. de rer. div. (2, 1). Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. Quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quodsi aliqua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et fuerat. § 23. Quodsi naturali alveo in universum relicto alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam eius praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque agri, quae latitudo prope ripam sit; novus autem alveus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus. Quodsi post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident.

L. 11. C. de omni agro des. (11, 58 resp. 59). Locorum domini intra sex menses edictis vocati revertantur qui si adfuerint et propria teneant et ea quae ex praeterito contraxerint debita, redhibere cogantur. Sin vero se impares esse earum rerum tributis propria confitentur absentia nec adesse voluerint: penes eos, qui haec susceperint et certum quem tributorum canonem promittunt, proprietas possessionis intemerata permaneat.

L. 8. C. ibid. Qui agros domino cessante desertos, vel longe positos, vel in finitimis, ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae nostrum noverit adesse responsum, ita tamen ut, si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum ius voluerit revocare, restitutis primitus, quae expensa constiterit, facultatem loci proprii consequantur; nam si biennii fuerit tempus emensum, omnis possessionis et dominii carebit iure, qui siluit.

Zu II, 4: Vgl. Gimmerthal, Arch. f. zivilist. Praxis Bd. 51 Nr. 4. Pampaloni, Il concetto del tesoro in VIII. della Univ. di Bologna, studi giuridici 1888 S. 101 ff.

L. 31 § 1 D. h. t.: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit; alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus.

§ 39 J. h. t.: Thesauros, quisquis in suo loco invenerit, D. Hadrianus naturalem aequitatem secutus ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro vel in religioso loco fortuito casu invenerit; at si quis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuite invenerit, dimidium domino solo concessit. L. 3 § 10 D. 49, 14. Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis

thesauri reperti fuerint, Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur; item si in Caesaris possessione inventus fuerit, dimidiam aeque partem fisco vindicari.

Vgl. jetzt BGB. § 984; Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 723.

Zu II, 1: Vgl. Scheurl, Beiträge I, 280 (1853). Bechmann, Arch. f. zivilist. Praxis 47, 25; Fitting, dass. 48, 1, 149, 311. Pernice, Labeo II, 320. Sulzer, Der Eigentumserwerb durch Spezifikation, 1884. Ferrini, Bulletino del istituto di dir. romano II, 142 (1889). Fischer, Das Problem der Identität und Neuheit 1892. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht 1902.

Vgl. § 25 J. de rer. div. II, 1: Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, qui materiae dominus fuerit? ut ecce si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem vel armarium vel subsellium fabricaverit. Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem vel oleum vel frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

Vgl. jetzt BGB. §§ 950 f. Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 726.

Zu II, 2: Lit.: Vgl. Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, 1869. Pernice, Labeo II, 347. v. Blum, Jahrb. 39, 429.

Quellenstellen: Vgl. § 35 J. de rer. div. II, 1: Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est, itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

L. 28 de usuris etc. (22, 1). In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et vituli et hoedi statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. (§ 1). Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.

L. 68 pr. de usufr. et quemadmodum (7, 1). Vetus fuit quaestio: an partus ad fructuarium pertineret? Sed Bruti sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. Neque enim in fructu hominis homo esse potest; hac ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit. Quid tamen, si fuerit etiam partus usus-

fructus relictus; an habeat in eo usumfructum? Et cum possit partus legari, poterit et usufructus eius.

Zu II, 3: Literatur: Bechmann, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Akzession und von den Sachgesamtheiten, 1867. Göppert, Ueber einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen, 1871. Henrici, Jahrb. 26, 32, 45. Ascoli, Della confusione e commixtione, 1887. Köhler, Jahrb. 26, 32, 45. Ubbelohde, bei Glücks Pand. 43/44, IV. 403 (1893). Riccobono, Arch. giur. 53, 521; 54, 265. Leonhard, Paulys Realenzyklopädie I, 376, 1706; II, 2614. Biermann, Jahrb. 34, 109. Maucaleoni, Riv. Ital. p. le scienze giuridiche 24, 128. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 429. Czylarz, Eigentumserwerb durch Akzession, 1898.

Zu II, 4—6: Aus den Quellen vgl.: Gaius II, 46 und 47. 46. Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt. 47. Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeter quam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: nam ita lege XII tabularum cautum erat.

§§ 2, 3, 4, 8 J. de usucap. (2. 6). § 2. Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt; nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibent usucapionem, vi possessarum lex Julia et Plautia. § 3. Quod autem dictum est, furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit (nam his alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possident); sed ne ullus alius, quamvis ab iis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit, usucapiendi ius habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat; nam qui alienam rem vendidit vel ex alia causa tradidit, furtum eius committit.

§ 4. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est; quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit, quum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committit. § 8. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest, veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato procedit eius usucapio.

L. 5. Cod. de praescr. longi temp. (7, 33). Nec petentem dominium ab eo, cui petentis solus error causam possessionis sine vero titulo praestitit, silentii longi temporis praescriptione depelli, iuris evidentissimi est.

L. 3, D. h. t. Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. L. 1. D. h. t. (Gai. ad ed. prov.). Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium cf. Gai. inst. II. 43, 44. L. 5 pr. D. pro suo 41, 10.

L. 8. Cod. de praescript. 30 vel 40 ann. (528). Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito

casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. § 1. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat; sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum, ab iniusto detentore eam vindicare etc.

L. un. Cod. de usucapione transformanda (531). Quum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant, decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens suis cadebat possessionibus. § 1. Ideo per praesentem legem et in italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. § 2. Quum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerunt alienatae vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant, non in italico solo nexu sed in omni orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendum, ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, sive italica sive provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam. § 3. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium (tricennium). Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis (possessionibus?) antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriori forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. § 4. Ita enim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, quum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

Aus der Literatur vgl. vor allem: Mitteis, Römisches Privatrecht Bd. I S. 67 f. Schirmer, Die Grundidee der Usukapion 1855, Lindes Zeitschr. N. F. 15, 207; 16, 1. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 387. Pernice, Labeo II, 328; 326. Partsch, Die longi temporis praescriptio 1906; dazu Mitteis, bei

Preisigke, Griechische Papyrus der Univ.-Bibliothek in Straßburg I (1906) S. 86; Wenger, Zeitschr. der Sav.-Zeitschr. Bd. 37 S. 373 ff.

Erst das kanonische Recht hat den Grundsatz eingeführt: mala fides superveniens nocet. d. h. „oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae“.

Im BGB. vgl. §§ 937 ff.; § 900 (Grundstücke).

Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 661, 663, 728.

§ 57. Abgeleiteter Eigentumserwerb. (Derivative Erwerbsarten).

1. Ein wichtiger Grundsatz des römischen Rechts fordert für jede Eigentumsübertragung (derivativen Erwerb, S. 213 oben) einen äußerlich sichtbaren Vorgang, eine gewisse „Publizität“. Bei den zivilen Eigentumsübertragungen war dieses objektive Moment durch die Form des Rechtsgeschäfts gegeben. In Frage kommen hier: a) die mancipatio, jener schon oft erwähnte, auch für zahlreiche andere, nicht sachenrechtliche Rechtsgeschäfte verwendbare solenne Scheinkauf (emptio per aes et libram) unter Mitwirkung von fünf Zeugen. b) die in jure cessio (Bd. I S. 172) d. h. der Scheinprozeß, die Scheinvindikation der Sache vor dem rechtsprechenden Magistrat (in jure).

Für beide Arten dieser privatrechtlichen Eigentumsübertragung kam es nicht an auf die der Veräußerung zugrunde liegende causa, d. h. auf den Rechtsgrund und wirtschaftlichen Zweck. Es waren abstrakte d. h. in ihrer Rechtsgültigkeit von dem wirschaftlichen Motive der Veräußerung unabhängige Rechtsgeschäfte. Es konnte beispielsweise der Uebertragung ein wirklicher Kauf, aber auch eine Schenkung oder auch ein Verpflichtungs- oder Erfüllungsgeschäft zugrunde liegen (causa credendi, solvendi, donandi), auch eine sog. fiducia (S. 157 oben). Das Eigentum ging über, auch wenn das Kausalgeschäft ungültig oder anfechtbar war. Die mancipatio war nur für res mancipi anwendbar (S. 211 oben), die in jure cessio konnte (wenigstens in späterer Zeit) auch zur Uebertragung von res nec mancipi benutzt werden.

Auch das jus gentium hielt an einer sichtbaren Form der Eigentumsübertragung fest und forderte daher für seine formlose Eigentumsübertragung die Besitzübertragung (Tradition). Auf keinen Fall genügte die bloße Willenseinigung, der Vertrag. Traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur (l. 20 C. de pactis 2, 3). Die objektive Seite der Tradition ist nach den Grundsätzen der Besitzlehre zu beurteilen (vgl. Kap. III); nach

diesen Grundsätzen ist eine äußerliche Uebergabe nicht immer erforderlich; sie ist z. B. überflüssig, wenn der Empfänger des Eigentums schon im Besitze der Sache ist (brevi manu traditio); sie verflüchtigt sich ferner in einer den Objektivitätsgedanken gefährdenden Weise bei dem sogenannten constitutum possessorium d. h. durch die zulässige Erklärung, daß der Tradent einstweilen die bloße Inhabung (Detention) der Sache behalten, der juristische Besitz aber auf den Empfänger übergehen solle (vgl. dazu unten Kap. III § 61). Subjektiv ist erforderlich lediglich der Wille, Eigentum zu übertragen und zu nehmen. Hierdurch erledigt sich die Streitfrage, inwiefern eine justa causa traditionis vorausgesetzt wird. Gemeinrechtlich wurde nämlich vielfach die Lehre vertreten, daß der bloße modus acquirendi bei einem dinglichen Rechtsgeschäfte zur Entstehung des dinglichen Rechts nicht genüge, daß vielmehr auch der titulus, d. h. das Kausalgeschäft ein notwendiges Erfordernis für die freiwillige Veräußerung sei, also auch bei Eigentumsübertragung ein gültiges Kausalgeschäft, z. B. ein rechtswirksamer Kauf zugrunde liegen müsse. Die dieser falschen Theorie zugrunde gelegte l. 20 pr. § 1 D. de adqu. dom. 41, 1[1]) ist nach richtiger Auslegung nur so zu verstehen, daß zum Erwerbe des Eigentums durch Tradition eine auf Eigentumsübertragung abzielende Willensrichtung aus dem konkreten Rechtsgeschäft, in dessen Erfüllung tradiert wird, schlüssig sein muß, daß also Eigentumsübertragung nicht durch jede beliebige Uebergabe einer Sache erfolgt, und daß, wo der auf Eigentumsübertragung gerichtete Wille nicht genügend hervortritt, die Willensrichtung nur aus der causa bestimmt werden kann, wie denn z. B. Uebergabe bei einem Leihvertrag (Commodat) oder Verwahrungsvertrag (depositum) niemals Uebergabe zum Eigentum bedeuten kann. Voraussetzung ist immer nur, daß die Parteien über eine causa einig sein müssen, die Eigentumsübertragung fordert; daß diese ungültig ist, schadet nichts. Sogar die Uneinigkeit über den Grund ist dann unschädlich, wenn doch objektiv eine gültige causa vorliegt. „Der Sinn der Tradition geht hier dahin, diesen Zweck zu erfüllen, und die wirkliche causa gibt dann trotz der Uneinigkeit dem Geschäft eine feste Richtung. Wenn der Tradent sich auch dabei im Irrtum befindet, so erreicht

---

[1]) Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio vel aliqua justa causa processerit, propter quam traditio sequeretur.

er doch so seinen wahren Vorteil, „plus est in re quam in existimatione mentis" (Leonhard).

2. Unmittelbar ohne Besitzübertragung gewährleistet war der Eigentumsübergang in allen Fällen, in denen der Staat durch seine Organe ihn vermittelt: a) durch Zuschlag (addictio) d. h. bei öffentlichen Versteigerungen (auctio, venditio sub hasta) der Kriegsbeute oder konfiszierter Güter, b) durch assignatio (Zuteilung von Staatsländereien), c) durch adjudicatio (Bd. I, S. 236).

Endlich d) konnte unmittelbarer Erwerb auch durch Rechtsvorschrift erfolgen, z. B. beim Legat auf Grund eines Testaments (S. 165 oben).

Zu 1 vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV §§ 43, 47; derselbe in dogmat. Jahrb. 1 S. 324, XII S. 389; Regelsberger, Jahrb. 44, 393; F. Leonhard, Vertretung beim Fahrnißerwerb 1899.

Auch das BGB. hat für die beweglichen Sachen am sogenannten Traditionsprinzip festgehalten, vgl. § 929. Ebenso das Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 714.

Für unbewegliche Sachen gilt das Grundbuchrecht.

Zu beachten ist, daß der Tradent sein Eigentum übertragen will.

Liegt ein Stellvertretungsverhältnis vor, so läßt Ausführung des Mandats durch den Stellvertreter im eigenen Namen Eigentum nicht übergehen, da ja der Stellvertreter nicht Eigentümer ist. L. 25 D. de donation. 39, 5: Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares, et tu tuo nomine eam ei dederis, an factam ejus putes? respondit, si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad juris subtilitatem accipientis facta non est et tu furti obligaris: sed benignius est, si agam contra eum qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri. — Umgekehrt, wenn jemand eine Sache in fremden Namen übergibt, die seine eigene ist, ohne daß er es weiß, geht das Eigentum nicht über, weil die Einigung nicht auf Uebertragung seines Eigentums gerichtet war. Hierauf bezieht sich die berühmte l. 49 D. mandati 17, 1: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret, suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is cui heres extiterit, eum emisset; de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto Titium quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione dole summovetur, et adversus venditionem (— venditorem) testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem. Die Stelle unterscheidet zwei Fälle: a) M. (der Prokurator, der nach römischem Recht als indirekter Stellvertreter selber obligatorisch verpflichtet wird) tradiert im Auftrage des A. dem B. seine (des M.) Sache als vermeintliche Sache des A. Sachenrechtlich geht kein Eigentum über; aber, da M. obligatorisch verpflichtet ist, so hat B. gegen seine reivindicatio die exceptio doli (rei venditae et traditae).

§ 58. Rechtsmittel des Eigentümers (Eigentumsklagen).

I. Der Eigentümer kann sich zum Schutze seines Eigentums im Falle einer Verletzung seines Rechts verschiedener Klagen bedienen, je nachdem die Rechtsverletzung selbst beschaffen ist und die Klage nach Zweck und Voraussetzung zweckdienlich erscheint, so z. B. bei Diebstahl der actio furti oder eines Interdikts. Es handelt sich dann aber entweder um Deliktsklage, wie bei der actio furti, oder um eine Besitzklage (Kap. III). Eigentumsklagen im Rechtssinn sind nur solche, bei denen es sich ausschließlich um a) Verletzung des Eigentumsrechts und b) darum handelt, ob Kläger Eigentümer ist oder nicht, d. h. bei denen zur Begründung des Klagantrags abgesehen von der Verletzung des Eigentums der Beweis des Eigentums erforderlich ist, aber auch ausreicht. Das römische Zivilrecht kannte nur zwei Eigentumsklagen, die reivindicatio als Schutzmittel gegen totale Entziehung, die actio negatoria als Schutzmittel gegen partielle Verletzung oder Beeinträchtigung des Eigentums.

A. Die reivindicatio ist die (dingliche) Klage des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer (oder den fictus possessor), gerichtet auf Anerkennung seines Eigentums und Herausgabe der Sache cum omni causa. Des näheren ist zu dieser Definition zu bemerken: 1. Die Ablösung des Besitzes vom Eigentum (ohne Zustimmung des Eigentümers) bedeutet, da der Besitz die tatsächliche Ausübung darstellt, eine totale Verletzung des Eigentumsverhältnisses. Diese Eigentumsklage hat zwei Voraussetzungen: a) Eigentum in der Person des Klägers. Kläger hat diese Voraussetzung zu beweisen, falls sie bestritten wird. Er kann dies nur entweder durch Nachweis eines originären Erwerbsgrunds (§ 56 oben) oder eines derivativen. Da aber in letzterem Fall der Beklagte stets auch das Eigentum des auctors bestreiten kann, spricht man von einer probatio diabolica, die schließlich abzuschneiden vor allem der originäre Erwerbsgrund der Ersitzung dienen kann. b) Besitz in der Person des Beklagten. Bei doloser Aufgabe des Besitzes haftet der Beklagte als sogenannter fictus possessor. Im übrigen wandert die Klage (passiv) mit dem Besitze, als in rem actio. Leugnet der Beklagte den Besitz ab und wird ihm bewiesen, daß er doch besitzt, so muß er den Besitz abtreten, ohne daß der Kläger sein Eigentum zu beweisen braucht. Als fictus possessor behandelt man auch denjenigen, qui liti se obtulit, d. h. der, um den Kläger irre zu führen, sich als Besitzer ausgibt.

Die Verteidigung des Beklagten kann eine doppelte sein:

a) negando: der Beklagte leugnet das klägerische Eigentum. Nicht erforderlich ist, daß er sich selbst das Eigentum zuschreibt.

b) excipiendo: Er schützt eine Einrede vor, und zwar entweder eine solche, welche die rei vindicatio völlig ausschließt, oder Einreden, die nur ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Befriedigung von Gegenansprüchen begründen.

aa) Eine Einrede der ersteren Art kann sich gründen auf ein dingliches Recht an der fremden Sache, z. B. auf ein Recht des Nießbrauchs oder ein Pfandrecht, oder

bb) auf ein obligatorisches Recht, dem gegenüber der Anspruch auf Herausgabe gegen Treu und Glauben verstößt, exceptio doli generalis, im besonderen z. B. exceptio rei venditae et traditae.

cc) Einreden der letzteren Art sind auch die des gutgläubigen Besitzers wegen der notwendigen und nützlichen Verwendungen. Der bösgläubige Besitzer (jedoch nicht der Dieb) hat nur ein Retentionsrecht wegen der notwendigen Verwendungen. Wegen bloßer impensae voluptuariae hat der Beklagte nur das jus tollendi, d. h. das Recht, die Verbesserung, soweit es mit Vorteil für ihn und ohne Schaden für den Kläger geschehen kann, wegzunehmen.

2. Die Klage geht auf Herausgabe cum omni causa d. h. nicht nur auf Herausgabe des Gegenstandes selbst, sondern auch alles desjenigen, was zu der Hauptsache hinzugekommen oder durch deren Besitz gewonnen ist, oder was Kläger jetzt haben würde, wenn ihm der Besitz nicht vorenthalten wäre. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Früchte, und zwar sowohl für fructus stantes als auch für solche, die seit der Litiskontestation (Bd. I S. 251, 328) gezogen sind oder bei wirtschaftlicher Sorgfalt hätten gezogen werden können (fr. percepti und percipiendi, S. 210 oben). Was die vor der Litiskontestation gezogenen Früchte betrifft, so haftet der bonae fidei possessor nur für fructus stantes, der malae fidei possessor auch für consumpti (vgl. S. 210 oben).

Der malae fidei possessor haftet nach der Litiskontestation sogar für den Zufall, falls dieser nicht bei sofortiger Herausgabe auch den Kläger betroffen haben würde.

Vgl. l. 9 D. h. t. 6, 1: Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat; nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solum possessionem putaverunt hac actione competere, quae

locum habet in interdicto „uti possidetis" vel „utrubi": denique ait ab eo, apud quum deposita est vel commodata vel qui conduxerit — quia hi omnes non possident — vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse (Ulpian).

§ 2 J. de act. 4, 6: Ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse: sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partem oblisset. (Ueber diesen berühmten unus casus vgl. Windscheid, Pand. § 196 Anm. 5.)

Die Verurteilung ging im klassischen Recht immer auf Geld (Bd. I S. 236); das klassische Recht kannte drei prozessuale Formen der reivindicatio: die älteste Form war die der legis actio sacramento (Bd. I S. 184, 202). Vgl. Gajus IV, 16. Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui, et simul homini festucam inponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. Cum uterque vindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem. illi mittebant. qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris? ille respondebat: ius peregi, sicut vindictam inposui. deinde qui prior vindicaverat, dicebat: quando tu iniuria vindicavisti, aeris sacramento te provoco: adversarius quoque dicebat: similiter ego te; seu asses sacramenti nominabant deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.

Eine zweite Form war diejenige per sponsionem praejudicialem (Gajus IV, 91, 93, 95); hier erfolgte die Verurteilung auf eine stipulierte Summe. Die dritte und später gewöhnliche Form war das judicium per formulam petitoriam (Gajus IV, 91, 41). Der Beklagte mußte hier die stipulatio judicatum solvi eingehen und Bürgschaft (satisdatio) dafür leisten; falls der Richter den Klaganspruch für begründet erkannte, erfolgte zunächst die pronunciatio: res actoris est, und erst, wenn der Beklagte das daran geknüpfte arbitrium, die Sache selbst herauszugeben, nicht befolgte, kam es zur condemnatio, soviel zu zahlen, als Kläger durch sein juramentum in litem die Sache abgeschätzt hatte.

Vgl. Wetzell, Der römische Vindikationsprozeß. 1845. Im BGB. vgl. §§ 987, 988, 989, 990, 1000—1003.

B. Die actio negatoria: Sie ist die Klage des besitzenden Eigentümers zur Aufrechterhaltung der Unversehrtheit des Besitzes. Während die reivindicatio gegen den gerichtet ist, der sich selbst als Eigentümer geltend macht (geriert), der das Eigentumsrecht in seiner Totalität verletzt, wird die actio negatoria gegen denjenigen

gegeben, der nur einzelne Eingriffe in das Eigentumsrecht unternimmt, sei es nun, daß er sich ein besonderes Recht dazu ausdrücklich zuschreibt oder bloß tatsächlich anmaßt. (Gegen eine von vornherein frivole Rechtsverletzung gab man die actio injuriarum, S. 76 f. oben.) Die einzige vom Kläger zu beweisende Voraussetzung ist sein Eigentum und die Tatsache der Störung. Es ist Sache des Beklagten, seinerseits ein Recht zur Vornahme des Eingriffs nachzuweisen. Die Klage geht auf Anerkennung der Freiheit des Eigentums von der fraglichen Beschränkung und auf Beseitigung der Störung auf. Ersatz des durch diese bereits erwachsenen Nachteils und Kautionsleistung wegen Unterlassung fernerer Störungen (cautio de non amplius turbando).

Vgl. jetzt im BGB. § 1004.

Hesse, Die Negatorienklage in Iherings Jahrb. 8 Nr. 7; Jäger, Klaggrund bei der actio negatoria. Göttingen 1891.

II. Besondere Klagen zum Schutz des Grundeigentums:

1. Die Grenzberichtigungsklage: actio finium regundorum: Schon die XII Tafeln gewährten im Falle einer Irrung oder Verwirrung der Grenzen zwischen ländlichen Grundstücken jedem der dadurch betroffenen Nachbarn eine Klage auf Grenzberichtigung durch tres arbitri, an deren Stelle die lex Manilia einen setzte; dieser arbiter mußte ein sachverständiger Feldmesser (agrimensor) sein, er hatte aber nur zu entscheiden, wenn sich der Streit auf den zwischen den einzelnen Aeckern zu lassenden Streifen von 5 Fuß zum Umwenden beschränkte (controversia de fine), bei Grenzstreitigkeiten extra quinque pedes entschied der judex (controversia de loco). Justinian beseitigte diesen Unterschied und ließ die Feldmesser nur als Sachverständige zu. Wenn sich die Grenzen nicht mehr ermitteln lassen, so hat der Richter den bestrittenen Raum als res communis zu behandeln und nach seinem Ermessen eine neue Grenze zu ziehen.

2. Actio aquae pluviae arcendae: Wenn jemand auf seinem Grundstück eine Anlage macht (opus manu factum), wodurch das Regenwasser einen dem Acker seines Nachbars Schaden drohenden Lauf nimmt, so hatte letzterer schon nach den XII Tafeln eine actio pluviae arcendae auf Hinwegräumung der Anlage und Leistung einer cautio de non amplius turbando. Wenn die Anlage von einem Dritten errichtet oder ein Hindernis des Regenwasser-

laufs durch Naturereignisse entstanden ist, so geht die Klage auf Gestattung der Hinwegräumung unter Kautionsleistung seitens des Klägers, daß er dem Nachbarn keinen Schaden zufügen werde.

3. Cautio damni infecti: Wenn ein baufälliges Gebäude zusammenzustürzen drohte, so konnte der Nachbar Reparatur oder Kaution dafür verlangen, daß ihm der durch den Zusammensturz drohende Schaden ersetzt werde, widrigenfalls er auf seinen Antrag vom Prätor eine inmissio ex primo decreto d. h. Detention des baufälligen Gebäudes und Schutz durch das „interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est" erlangte; leistete auch dann der Eigentümer des baufälligen Hauses noch keine Kaution und reparierte er auch jetzt nicht, so gewährte der Prätor endlich dem Nachbar eine inmissio ex secundo decreto und damit prätorisches Eigentum an dem mit dem baufälligen bedeckten Grundstück.

Zu II, 1: Vgl. Rudorff, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft X, 7; ders., Gromatische Institutionen in den Schriften der röm. Feldmesser. — Eine neue Ansicht über das Wesen dieser Klage ist aufgestellt von Wiederhold in Lindes Ztschr. XIII, 3; sie soll nur auf Abmarkung durch Aufstellung von Grenzzeichen gehen, um künftigen Grenzirrungen vorzubeugen. Dagegen Sternberg ebendaselbst XVII, 13; Puchta, Pand. § 374 und dessen kleine Schriften S. 347 ff.; Hoffmann im ziv. Arch. XXXI, 16; Vangerow III § 658; Seufferts Arch. V, 16, 17, 282, XIV, 29, 136, XVIII, 273, 343, XX, 33.

Im BGB. ist eine actio finium reg. mit Befugnis zur Adjudication nicht enthalten, § 920. Die moderne actio f. r. ist kein judicium duplex mehr (Bd. I, S. 242).

Zu II, 2. Vgl. Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae 39, 1. Lit. Schmidt v. Ilmenau, ziv. Abh. S. 91 ff., Schneider in Lindes Zeitschr. V, 22; Elvers, Ueber das Recht des Wasserlaufes, in der Themis n. F. I, 13 S. 497 ff.; Schäffer im prakt. Arch. II S. 16 ff.; Hesse, Rechtvh. zwischen Nachbarn I S. 184 ff. und in den dogmat. Jahrb. VII, 5; Bekker im Jahrb. V S. 176 ff.; Windscheid § 473; Seufferts Arch. I, 68, IV, 96, V, 141, VII, 46, 47, X, 169, 259, XIII, 252, XVI, 116, XVII, 48, XX, 238, insbesondere über die Teilung des Anspruchs unter Miteigentümern: Ubbelohde, Unteilb. Obl. S. 196—203. Nach BGB. kann lediglich § 1004 (§ 907) d. h. die allgemeine actio negatoria in Frage kommen. Im übrigen kommen jetzt die partikularen Wassergesetzgebungen zur Anwendung.

Zu II, 3. Vgl. l. 7 pr. § 1 D. h. t.: Praetor ait: Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit, non calumniae causa id se postulare, eumve, cuius nomine aget, postulaturum fuisse in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum qui neque caverit neque

in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine non satisdabitur, eum cui non satisdabitur simul in possessione esse iubebo. Vgl. überhaupt Hesse über die cautio damni inf. 1838. 2. Aufl. 1841. Groh, Ueber die Kaution wegen zukünftigen Schadens, 1854; Hesse, Rechtsvh. der Grundstücksnachbarn, 1859, I S. 1—184; Vangerow § 678; über das Geschichtliche Huschke, Gaius 1855, Zugabe S. 203 ff.; Burckhard, Die cautio damni infecti, in der Fortsetzung von Glück zu Bd. 39 Tl. 2, 1875 (drbr. Bernhöft in d. Jen. Litztg. 1876 Nr. 6); Windscheid, 4. Aufl. §§ 458—460.

Nach BGB. bedarf es keiner Kaution und keines indirekten Zwangs mehr, es besteht ein unmittelbarer Ersatzanspruch, vgl. §§ 836—838.

Kapitel III.

Der Schutz des Ersitzungsbesitzes.

§ 59. Die actio Publiciana.

Im Jahre 70/69 v. Chr. hat ein Prätor Publicius einen besonders folgenreichen Fortschritt in der von den Prätoren schon längst befolgten Richtung angebahnt, den gutgläubigen Besitzer neben und unter Umständen sogar in Widerspruch zum streng zivilrechtlichen Eigentümer zu schützen. Während der bona fidei possessor bis dahin nur defensiv, durch eine exceptio doli generalis (rei venditae et traditae, S. 234 oben) gegen den vindizierenden Eigentümer gesichert war, verlieh Publicius dem Usucapionsbesitzer für den Fall, daß ihm der Besitz der Sache abhanden kam, eine dingliche Klage gegen jeden minderberechtigten dritten Besitzer, unter der Fiktion, die Ersitzung sei schon vollendet. Er schuf hiermit, ohne es zu wissen, auf Grund des ihn unbewußt beseelenden wichtigen Gedankens der Relativität der Rechte geradezu ein Parallelinstitut des Eigentums, das von dem mehr und mehr überwundenen Dualismus des dominium ex jure Quirilium und des „in bonis" ganz unabhängig werden und dem bonitarischen Eigentümer selbst zugute kommen mußte. Auch dem juristischen Entdecker geht es vielfach, wie dem Kolumbus, der bekanntlich einen neuen Weltteil entdeckte ohne es zu ahnen, da er selbst nur darauf ausging, einen neuen Seeweg nach Indien zu suchen. Publicius schuf ein neues und bequemeres offensives Rechtsmittel nicht nur für den bloßen Usucapions-

besitzer, sondern auch für den bonitarischen Eigentümer, für das Eigentum juris gentium. Ihrem Keime nach war die actio Publiciana übrigens schon in den älteren Prozeßformen der reivindicatio enthalten; denn der mit der alten reivindicatio Verklagte brauchte sich nicht auf bloßes Leugnen des Klaganspruchs und auf Einreden zu beschränken, er konnte „contravindizieren", und der Richter urteilte dann nach Maßgabe des relativen Uebergewichts der beiderseits geltend gemachten Ansprüche. Erst seitdem im Formularprozeß die reivindicatio diese Duplizität verloren hatte, machte sich das Bedürfnis eines selbständigen Rechtsmittels, wie es die actio Publiciana bietet, fühlbar. Die Formel der letzteren war der vindicatio per formulam petitoriam nachgebildet. War der Beklagte Eigentümer der Sache, so wurde ihm gegen die Klage, causa cognita, vom Prätor die exceptio justi dominii erteilt, welcher der Kläger unter Umständen wieder mit einer replicatio doli (z. B. replicatio rei venditae et traditae) begegnen konnte.

Der Kläger brauchte statt seines Eigentums nur seinen Usucapionsbesitz, justus titulus und damit seine bona fides, womit er die Sache erworben hatte, zu beweisen. Ein bonae fidei possessor konnte die Klage gegen den anderen besitzenden bonae fidei possessor nicht mit Erfolg anstellen, quia in pari causa condicio possidentis melior est; nur wenn zwei bonae fidei possessores ihre bonae fidei possessio von demselben Nichteigentümer ableiteten, siegte derjenige, der zuerst die bonae fidei possessio erlangt hatte.

Eine vollkommene Parallelisierung dieses nunmehr sogenannten publizianischen Besitzes mit dem Eigentum trat nun dadurch ein, daß diese Publiciana auch als actio negatoria gegeben wurde, daß ferner dem publizianischen Besitzer auch alle übrigen Eigentumsklagen, z. B. die actio finium regundorum, die actio communi dividundo utiliter zustanden, und endlich, daß er auch passiv allen Ansprüchen haftete, denen der Eigentümer ausgesetzt war.[1])

Es liegt auf der Hand, daß diese Klage auch dem Eigentümer, namentlich bei derivativem Erwerbe (S. 233 oben) wegen des nicht erforderlichen Eigentumsbeweises sich empfahl.

Das römische Sachenrecht hat nunmehr mit Einschluß des im folgenden Kapitel darzustellenden juristischen Besitzes eine drei-

---

[1]) L. 7 § 2 D. comm. divid. 10, 3; l. 11 § 8 D. 9, 2; l. 13 pr. D. de damno inf. 39, 2; l. 2, l. 1 § 6 D. 15, 1.

gliedrige Gestalt erlangt. Der juristische Besitzer beschränkt sich auf die Behauptung: „Ich bin im (juristischen) Besitz“ und überwindet schon damit den Gegner, der dies nicht behaupten kann. — Der publizianische Besitzer sagt: „Ich habe die Sache in äußerlich korrekter Weise erworben“; zum bloßen Besitz tritt bei ihm der justus titulus und die bona fides hinzu; er überwindet damit den bloßen juristischen Besitzer. — Der Eigentümer sagt: „Ich habe die Sache originär oder derivativ (vom wahren Eigentümer) zu eigen erworben“, und schlägt damit auch den bloßen bonae fidei possessor aus dem Felde. — Es handelt sich also um drei selbständige Stufen des Verhältnisses zur Sache. Jeder, der auf einer früheren Stufe gesiegt hat, kann auf einer späteren unterliegen und umgekehrt. Auch der wahre Eigentümer kann nun, statt sofort mit der reivindicatio zu klagen, zunächst mit einem Siege auf der ersten oder zweiten Stufe auszukommen versuchen; die exceptio rei judicatae steht ihm nicht entgegen, wenn er nach dem Verlust der ersten Position die zweite oder dritte in Anspruch nimmt.

Quellenstellen: Vgl. Gajus III § 36: Datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eam que amissa possessione petit. Nam quia non potest eam EX JURE QUIRITIUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit, veluti hoc modo: Judex esto. Si quem hominem A. A. emit, et is ei traditus sit, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret, etc. — L. 17 D. h. t. 6, 2: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur —, sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

L. 7 §§ 6 u. 8 de Public. act. (6, 2). § 6 Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. § 8. In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

L. 9 § 4 h. t. (Ulp.) Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus ... scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis: quae sententia vera est. Dagegen L. 31 § 2 cit. (Nerat.) Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est.

Literatur: Gimmerthal, Die publizianische Klage und die Manzipation. 3. Aufl. 1889; Schulin, Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio, 1873; Huschke, Das Recht der publizianischen Klage, 1874;

Bring, Festschrift für Arndts, 1875; Lenel, Beiträge zur Kunde des prätor. Edikts, 1878, 1; Pernice, Savigny-Zeitschr. 5, 62; Ermann, daselbst 11, 212, 13, 176; Gradenwitz, das. 12, 134; v. Seeler, das. 21, 58; Oertmann, Jahrb. 31, 448; Cuq, Nouvelle revue hist. d. droit I, 605 (1877); Fabre, De l'action publiciana, 1879; Appleton, Essai de restitution de l'édit Publicien, 1886; Carusi, L'azione Publiciana in dir. rom. 1889; Serragli, De Publ. ex rem actione 1890.

Kapitel IV.

Der Schutz des juristischen Besitzes.

§ 60. Besitz und Eigentum. Begriff und Arten des Besitzes. Grund des Besitzschutzes.

I. Der Verfasser war lange im Zweifel, ob es nicht von seinem entwicklungsgeschichtlichen Standpunkte aus richtiger wäre, den Besitz im System vor dem Eigentum zu erörtern, wie dies in vielen, vielleicht in den meisten rein dogmatischen Darstellungen üblich ist. Denn zweifellos beansprucht der Besitz, den vom Eigentum scharf zu unterscheiden gewiß eine Elementarforderung juristisch geschulten Denkens ist (Neukamp im Wörterbuch der Volkswirtschaft I S. 352), vor dem Eigentum nicht nur die logische, sondern auch die historische Priorität. Logische Priorität: „Beim Besitz begegnet uns nirgends das Eigentum, weder bei dem Begriff noch bei der Entstehung und dem Untergang, noch bei dem Schutz; man könnte, wenn es sein müßte, die ganze Besitzlehre darstellen, ohne ein einzigesmal das Wort Eigentum zu gebrauchen" (v. Ihering). Dagegen haben wir nicht umhin können, in der Lehre vom Eigentum schon allzuoft auf den Besitz zu verweisen. Historische Priorität: „Der Besitz bildet die tatsächliche Voraussetzung der ökonomischen Verwertung des Eigentums, die tatsächliche Voraussetzung, um die drei Verwendungsarten der Sache, die ihre Verwendbarkeit für das menschliche Bedürfnis erschöpfen und daher den gesamten substantiellen Inhalt des Eigentums in sich schließen: das uti, frui, consumere ermöglichen" (v. Ihering, Geist des römischen Rechts III S. 347). Richtig ist auch die Bemerkung der l. 1 § 1 D. de acqu. rer. dominio 41, 2: dominium rerum ex naturali possessione coepisse.

Aber in einem auch für Anfänger bestimmten Werke erschien es dem Verfasser zunächst vom Standpunkte des Unterrichts aus

zweckmäßiger, dem Eigentum den Vortritt zu lassen. Eine, wenn auch noch wenig geklärte Vorstellung des Besitzes darf und muß in einer zugleich systematischen und geschichtlichen Darstellung vorausgesetzt werden; selbst rein philosophische, ja sogar mathematische Systeme können sich zu Anfang der Notwendigkeit nicht entziehen, wenn sie wesentlich den Lehrzweck im Auge haben, den Schüler vielfach zunächst bei den laienhaften Vorstellungen z. B. vom Wesen der Materie, des Raumes, der Zahl zu belassen, bevor sie ihn erst auf Grund wiederholter Anwendungsfälle zu deren vertiefter Auffassung anleiten; der Weg vom Allgemeinen zum Besonderen ist zwar rein systematisch der richtigste, aber propädeutisch oft geradezu unmöglich. Haben wir doch aus diesem Grunde gerade die sogenannten allgemeinen Lehren des Pandektenrechts, weil sie die schwierigsten sind, vollständig aus dem Institutionensystem ausschalten zu müssen geglaubt. In der Verkennung dieses schulmäßigen Gesichtspunktes liegt auch eine Hauptschwäche der sogenannten absoluten Besitzestheorien. Merkwürdigerweise hat aber in Bestätigung des alten Satzes von dem Zusammenstimmen jeder richtigen Theorie und Praxis, zumal der Praxis des Lehrens und Lernens (docendo discitur) der Verfasser sich auf diesem Wege schließlich überzeugt, daß derjenige Besitzbegriff, um den es sich im römischen Rechte handelt, daß der juristische Besitz auch im entwicklungsgeschichtlichen System dem Eigentum nicht voraufgehen, sondern nachfolgen muß, wie der Schatten dem Körper, mit andern Worten, daß sowohl die absoluten Besitztheorien als auch die v. Savignysche Besitzlehre unhaltbar sind, daß wissenschaftlich sich nur die Besitztheorie v. Iherings bewährt. Die oben zitierte Stelle aus von Iherings Geist des römischen Rechts hat offenbar nur den sogenannten natürlichen Besitz im Auge. Denn zweifellos hat den römischen Besitzschutz und seine besondere Gestaltung, vor allem auch die wichtige Unterscheidung zwischen juristischem Besitz und bloßer Detention nicht eine philosophische Erwägung, sondern ausschließlich das praktische Bedürfnis des römischen Eigentumsrechts ins Dasein gerufen. Das Problem des eigentlich juristischen Besitzes kann nur dann richtig erfaßt werden, wenn die Frage nach dem Zwecke eines besonderen Besitzschutzes richtig beantwortet wird, was gar nicht möglich ist ohne Bezugnahme auf den Eigentumsschutz. Der Besitz als solcher unterscheidet sich vom Eigentum als von der rechtlichen Herrschaft über die Sache zu-

nächst gewiß als rein tatsächliche Herrschaft über die Sache. Insofern ist der Besitz das begriffliche Gegenteil des Eigentums, ein bloßes factum, keine jus. Aber wir werden bald sehen, wie seine rechtliche Bedeutung darauf beruht, daß unter Umständen dieses bloß tatsächliche Verhältnis zur Sache doch auch einen rechtlichen Schutz genießt, also ein rechtlich geschütztes Interesse und insofern ein Recht ist, oder, wenn man sich vorsichtig ausdrücken will, ein rechtlich geschütztes Verhältnis, wenn auch nur ein relativ geschütztes. Eben diese Relativität des Rechtsschutzes, eine gewisse Elastizität des Besitzbegriffes muß dem Anfänger Schwierigkeit machen, eine Schwierigkeit, die nur überwunden werden kann, wenn er bereits im publizianischen Eigentumsschutz die Zweckmäßigkeit eines derartigen relativen Schutzsystems kennen gelernt hat. Mehr noch! Als rechtlich geschütztes Verhältnis hat sich, wie wir erkennen werden, der juristische Besitz vollständig losgelöst von dem rein physischen Besitzbegriff, wie am deutlichsten daraus erhellt, daß sogar das deutsche BGB., welches gesetzlich den Besitz als tatsächliche Gewalt über die Sache definiert, gleichwohl den Besitz nach § 857 auf die Erben (ipso jure) übergehen läßt, was doch gar nicht möglich wäre, wenn es sich wirklich nur um eine rein tatsächliche Gewalt handelte; denn letztere kann doch durch keine Rechtsvorschrift erlangt werden.

II. Possessio naturalis, possessio civilis. Detention (Inhabung) und juristischer Besitz. Die Römer unterscheiden zwischen natürlichem Besitz, possessio naturalis und juristischem Besitz, possessio civilis. Sie bezeichnen eine possessio naturalis vorwiegend als bloße detentio (Inhabung). Hier handelt es sich um ein bloß körperliches Verhältnis zur Sache (tenere, naturaliter possidere, in possessione esse), das auch durchaus nicht bloß ein Stellvertretungsverhältnis für den wirklichen juristischen Besitzer zu sein braucht (detentio alieno nomine); der Sklave z. B. bleibt aus subjektivem Grunde auch dann bloßer „detentor“, wenn er die Sache für sich behalten will; auch der Mieter, Pächter, Verwahrer wird durch bloße innerliche Absicht, die Sache für sich zu behaupten, nicht juristischer Besitzer; er bleibt aus einem objektiven Grunde bloßer „detentor“, solange er sich nicht eine sogenannte causa possessionis und damit juristischen Besitz beschafft hat. Das Wesentliche des juristischen Besitzes ist eben dieses, daß die Anerkennung des juristischen Besitzes dem Besitzer rechtliche Vorteile schafft,

die der bloßen physischen Gewalt über die Sache als solcher fehlen; wenn z. B. ein Gast auf meinem Stuhle sitzt, so hat er diesen zwar im „Besitz", aber nicht im juristischen Besitz. Er hat eben die bloße Inhabung (detentio) des Stuhles. Diese ist ein juristisch völlig bedeutungsloses Verhältnis zur Sache. Es ist zwar richtig, daß dem Detentor zumeist auch die Absicht fehlt, einen rechtlich wirksamen Besitz auszuüben. Aber selbst, wenn er innerlich diese Absicht, wenn einen animus possidendi hätte, so würde er dennoch, solange er diese nicht äußerlich durch gewisse rechtlich bestimmte Handlungen manifestiert hätte, nach römischem Recht keinen sogenannten Interdiktenbesitz d. h. keinen juristischen Besitz haben. Es sind rein rechtspolitische Momente, die darüber entscheiden, ob jemand Besitzschutz genießt oder nicht. Zwar sprechen die römischen Juristen in den Fällen, in denen sie (vielfach im Gegensatz zum modernen Besitzrecht) den Besitzschutz versagen, regelmäßig von einer detentio alieno nomine, also von einem Stellvertretungsverhältnis, so z. B. beim Pächter, Mieter, Leiher. Aber es ist klar, daß bei dieser selbstnützigen Detention (die erst das neuere Recht des BGB. in Besitz umgewandelt hat) der Inhaber sich in den meisten Fällen keines Stellvertretungsverhältnisses bewußt ist. Anders liegt die Sache nur in den Fällen der Verwahrung (depositum) und sonstiger Detentionsverhältnisse in fremdem Interesse (Besitzdienerschaft), wo der Inhaber sich allerdings eines Stellvertretungsverhältnisses bewußt sein muß, wofern er überhaupt rechtliche Gedanken im Kopfe hat.

Endlich gibt es auch ein absolutes Detentionsverhältnis, nämlich an allen Sachen, an denen kein Eigentum möglich ist, z. B. an res publicae und res omnium communes; der Inhaber kann an diesen Sachen aus rechtlichen Gründen keinen juristischen Besitz ausüben, sondern stets nur ihre Detention haben. In allen diesen Fällen hat die subjektive Willensrichtung des bloß physischen Besitzers für sich allein gar keine Bedeutung (sog. Objektivitätstheorie, s. unten S. 248).

III. Die vorstehenden Andeutungen waren nötig und genügen, um zu den zahlreichen Besitztheorien Stellung zu nehmen, welche die Einführung in die römische Besitzlehre bislang pandektenmäßig nicht minder verunziert haben, wie die ebenso zahlreichen Theorien über Zweck und Grund der Strafe diejenige in das Strafrecht. Man unterscheidet auch hier wie in der Strafrechtsphilosophie absolute und relative Theorien.

1. Als Beispiele der sogenannten absoluten Theorien nennen wir nur die von Puchta und Bruns vertretene sogenannte Willenstheorie. Puchta sucht den letzten Grund des Besitzschutzes in der Persönlichkeit, deren Wille als solcher vom Recht eine gewisse Anerkennung fordern. Bruns meint, der Besitz sei realisierter Wille, der als solcher Schutz verdiene. Der Wille wird aber, wenn er auch in gewissem Sinne als Triebkraft des ganzen Rechts, also auch des Privatrechts gelten darf, niemals um seiner selbst willen geschützt, sondern nur innerhalb der Schranken des Gesetzes. Solche spekulative Gedanken erklären nichts, zumal sich auch im bloßen Detentionsverhältnis sowohl Persönlichkeit als Wille „objektivieren" kann.

2. Als verbreitetste relative Theorie kann immer noch diejenige v. Savignys gelten. Ihr zufolge verdankt der Besitz seinen Rechtsschutz nur dem von der Rechtsordnung gesetzten Verbote der Gewalt. Der Grund der Besitzes-Interdikte wäre darnach deliktischer Natur; genau genommen würden darnach die Besitz-Interdikte in das Obligationensystem zu den Deliktsansprüchen zu stellen sein.

Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich aus folgenden Erwägungen: a) Auch bloß Detentionsberechtigte genießen den Schutz der öffentlichen Ordnung (vgl. S. 77 oben), sie haben auch im römischen Recht die sonstigen Deliktsklagen; es wäre unverständlich, warum sie nicht die Besitz-Interdikte haben. b) Jener Grund würde den Schutz der Interdikte für alle Sachen und Personen fordern; nun aber ist er bei der res extra commercium und bei sonstigen „besitzunfähigen" Sachen ebenso ausgeschlossen, wie bei Kindern in potestate aliena. c) Dem injustus possessor werden die Deliktsklagen abgesprochen, und doch genießt auch er den Schutz der Interdikte. d) Die possessorischen Edikte haben, abgesehen vom interdictum unde vi keine deliktische Voraussetzung, weder in subjektiver noch objektiver Richtung (es ist kein Verschulden erforderlich); auch wären die Interdikte neben den vorhandenen Deliktsklagen überflüssig. e) Dem Besitzschutz dienen auch die Kondiktionen, da der Besitz als solcher ein Vermögensobjekt bildet und „kondiziert" werden kann; auch die sogenannten interdicta adipiscendae possessionis wären aus der v. Savignyschen Theorie nicht zu erklären.

3. Nicht um ein rechtsphilosophisches, sondern nur um ein rechtshistorisches und zwar eigentümlich römisch-rechtliches Problem handelt es sich beim Besitzschutz nach v. Ihering. Nur aus dem römischen Eigentum läßt sich die ganze römisch-rechtliche Besitzlehre erklären. Der juristische Besitz war für die Römer eine praktisch unentbehrliche Ergänzung des Eigentums und hat seine Wurzel ausschließlich im römischen Prozeßverfahren. Wenn im römischen Sachenrechtssystem der besondere Besitzschutz fehlte, so würde nach dem Grundsatze „actori incumbit probatio" der Eigentümer bei jedem

Eingriff in sein Eigentum, sobald Verklagter letzteres bestreitet, den oft so schwierigen Beweis seines Eigentums zu führen haben (S. 233 oben). Im Besitzprozeß wird ihm dieser Beweis erspart; es genügt hier der Nachweis der normalen äußeren Erscheinungsform des Eigentums (Tatsächlichkeit des Eigentums). Somit verdankt der römische Besitzschutz seine Entstehung demselben Bedürfnis, das auch die besondere Bedeutung der bonae fidei possessio (actio Publiciana) hervorgerufen hat, nämlich dem der Umgehung des unter Umständen so langwierigen und zweifelhaften Eigentumsprozesses bzw. beim sogenannten Rechtsbesitz des Prozesses über den Erwerb des Rechts, durch Ausschluß der eigentlichen Rechtsfrage. Man kann sogar sagen, daß im Besitzer de lege ferenda nur der präsumtive Eigentümer geschützt werden soll. Denn in der Regel treffen Besitz und Eigentum in einer Person zusammen. Aber es handelt sich hier um eine rein legislative Präsumtion, keineswegs darf daher der juristische Besitz als präsumtives Eigentum definiert werden. Der Interdiktenbesitz des römischen Rechts ist ebenso wie der publizianische Besitz eine selbständig gewordene Eigentumsposition, ein Parallelinstitut des Eigentums. Daß er auch einem Unberechtigten zugute kommen kann, ist eine unvermeidliche Nebenwirkung, die wie jeder wesentlich prozessualen Institution um ihrer Vorteile willen mit in Kauf genommen wird.

Quellenstellen: L. 2 D. uti-possidetis 43, 17: Justa an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. L. 12 § 1 D. h. t.: Nihil commune habet proprietas cum possessione. — L. 1 § 2 D. uti possidetis 43, 17: Separata esse debet possessio a proprietate: fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem dominus sit. — Gajus IV, § 153: Possidere videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoque, apud quos deposuerimus aut quibus commodaverimus aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, ipsi possidere videmur. L. 31 § 2 D. de usurp. 41, 3: Servus licet in libertate moretur, nihil possidet nec per eum alius. Gajus IV, § 148: Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat. § 4 J. de interd. IV, 15: Et quia longe commodius est possidere potius quam petere ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiam si ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco; propter quam causam, cum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet.

Literatur: Vor allem vgl. v. Ihering, Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. 1869, Jahrb. 9, 1; ders., Der Besitzwille, 1889 Jahrb. 32, 41; außerdem: v. Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865; Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter 1848; Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern 1880; Saleilles, Etudes sur les élements constitutifs de la possession 1894; Vermond, Théorie générale de la possession 1895; Duquesne, Distinction de la possession et de la detention en droit romain 1898; Rascio, Il possesso nel diritto romano 1899.

§ 61. Erwerb und Verlust des Besitzes.

I. Erwerb des Besitzes. Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore (l. 3 § 1 D. h. t. 41, 2). Auf dieser Stelle baute sich die ältere, zumal noch von v. Savigny vertretene Lehre vom Besitzerwerb auf, der zufolge zum Erwerb des Besitzes die Vereinigung eines subjektiven und eines objektiven Elements erforderlich und genügend ist; das erstere bezeichnet man als animus d. h. als auf den Erwerb des Besitzes gerichteten Willen, das letztere als corpus d. h. als die äußere Realisierung dieses Willens durch Herstellung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Allein zweifellos steht diese Ansicht in Widerspruch mit zahlreichen Sätzen des römischen Rechts. Man sah sich daher genötigt, das Erfordernis des corpus, der physischen Gewalt, bis zur Unkenntlichkeit abzuschwächen, indem man es zumal für den Fall zweiseitiger Besitzübertragung (Tradition) durch eine spiritualisierende Auslegung verflüchtigte. Die Praxis nahm sogar zu einer symbolischen Besitzübertragung ihre Zuflucht. Wenn wir dagegen von v. Iherings Besitztheorie ausgehen und im Besitz nichts anderes sehen als dasjenige tatsächliche Verhältnis zur Sache, in dem sich die Stellung des Eigentümers zu ihr regelmäßig kundgibt, so bietet die Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes keine besondere Schwierigkeit. Wir haben zu unterscheiden zwischen einseitiger Aneignung und vertragsmäßiger Uebergabe des Besitzes (Tradition).

1. Einseitige Besitzaneignung: a) bei beweglichen Sachen. Hier betont das römische Recht das Erfordernis einer realen Bemächtigung (Okkupation, vgl. S. 220 oben).

b) Bei unbeweglichen Sachen ist zu unterscheiden, ob sie sich im Besitz eines anderen befinden oder nicht.

Im ersteren Fall ist Dejektion des bisherigen Besitzers erforderlich; bloß zeitweilige Inhabung des Grundstücks zumal bei Unkenntnis des bisherigen Besitzers ist bedeutungslos. Im letzteren

Falle ist eine friedliche Okkupation, die aber den Eigentumswillen genügend innerhalb bestimmter Grenzen kundbar zu machen hat, möglich, falls das Grundstück überhaupt besitzfähig (keine res extra commercium) ist.

2. Zweiseitiger Besitzerwerb (Tradition): Hier prägt die Mitwirkung des bisherigen Besitzers dem Akte einen so unverkennbaren juristischen Stempel auf, daß a) bei unbeweglichen Sachen die erklärte Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, allerdings in Gegenwart des Grundstücks und unter der Voraussetzung genügt, daß kein fremder Besitzanspruch auf das Grundstück vorliegt. (Vacua possessio).

b) Bei beweglichen Sachen ist Anwesenheit der Parteien nicht erforderlich; es kann sowohl tradiert werden in Abwesenheit der Tradenten als des Empfängers. Es kommt nur darauf an, daß die Sache mit Willen des Tradenten in ein solches Verhältnis zum Empfänger gebracht wird, das dessen Eigentumsposition zur Sache den Verkehrsregeln entsprechend kundmacht. Beispielsweise genügt es, wenn Stein, Baumaterial, Dünger auf ein Grundstück abgeladen werden, Zeitungen, Briefe in ein dafür von mir bestimmtes Behältnis eingeliefert werden. Es ist nicht erforderlich, daß man davon im Augenblicke der Ablieferung Kenntnis habe. Ob der Empfänger juristischen Besitz oder bloße Detention erlangt, ist nicht bedingt durch seinen animus possidendi oder alieno nomine tenendi, sondern durch die causa possessionis. Die sogenannte Objektivitätstheorie oder auch Kausaltheorie v. Iherings sieht mit Recht den Grund dafür, daß die römischen Juristen bei gewissen Rechtsgeschäften ein bloßes Detentionsverhältnis, bei anderen dagegen juristischen Besitz annahmen, lediglich in praktischen (zivilpolitischen) Gesichtspunkten, die sie zur Aufstellung positiver Rechtsregeln veranlaßten. Entscheidend war allein die Natur des Kontraktsverhältnisses, die causa, und eine abweichende Willensmeinung nicht nur eines der Kontrahenten, sondern selbst beider hatte keinen Einfluß. (Die Vereinbarung, daß z. B. ein Pächter oder Mieter Besitz erlangen sollte, wäre nach römischem Recht, da das Sachenrecht absoluten, nicht dispositiven Charakter hat, wirkungslos gewesen).

Nemo sibi ipse causam possessionem mutare potest d. h. der bloß subjektive Wille ist gegenüber der objektiven Rechtsregel machtlos. Das römische Recht unterschied nun mit Rücksicht auf den

Besitz drei Klassen von Rechtsverhältnissen: a) solche, die ausnahmslos den Berechtigten juristischen Besitz verschafften, Faustpfand und Emphyteusis (§ 68 unten); b) solche, welche stets nur Detention gewährten, nämlich Pacht, Miete, Leihe, Verwahrung, Auftrag, Geschäftsführung, Vormundschaft, Sozietät und missio praetoris ex primo decreto (Bd. I S. 259, II S. 191 ff. oben); c) solche, die je nach Verschiedenheit ihres Zweckes bald Besitz, bald bloße Detention verschafften; hieher gehörte die Sequestration d. h. Hinterlegung einer Streitsache für die Dauer des Streites bei einem unbeteiligten Dritten (Sequester); erfolgte sie, um eine laufende Ersitzung zu unterbrechen, so erlangte der Sequester den juristischen Besitz; erfolgte sie aber bloß custodiae causa, der faktischen Sicherheit wegen, so erlangte der Sequester, wie der Verwahrer, bloße Detention. — Der legislative Grund für die Erteilung des Besitzes war rein zivilpolitisch; man erteilte, weil man es für zweckmäßig erachtete, dem Faustpfandgläubiger, dem Emphyteuta, dem Sequester (zwecks Unterbrechung der Usucapion) die selbständige Stellung, die man dem Mieter, Pächter usw. glaubte versagen zu müssen. Eine spekulative Rücksicht auf die subjektive Willensrichtung der betreffenden Personen ist dafür selbstverständlich nicht maßgebend gewesen; man war eben (im Gegensatz zu modernen Anschauungen, die dazu geführt haben z. B. im deutschen BGB. den Kategorien unter b den Besitzschutz zu bewilligen) der Ansicht, daß bei den Rechtsverhältnissen, welche unter b genannt sind, das Interesse des Eigentümers durch eine dingliche selbständige Position des Mieters usw. gefährdet werden könne.

Anders liegt die Sache bei der sogenannten injusta bzw. vitiosa possessio, z. B. bei der Dejektion, der Entziehung des Besitzes beweglicher Sachen durch Raub und Diebstahl. Diese injusta possessio wurde aber selbstverständlich nicht demjenigen gegenüber geschützt, dem gegenüber sie mit diesem Mangel behaftet war, d. h. von dem der Besitz unter einem der drei vitia possessionis (vi, clam, precario) erlangt war (alter ab altero). Im übrigen beruht auch hier der Besitz auf einer objektiven, wenn auch nicht rechtsgeschäftlichen causa, aus deren relativer Unrechtmäßigkeit ein Dritter sich nicht berufen kann. Der Besitz ist an sich ein völlig neutraler Begriff; auch der relativ unberechtigte Besitzer ist allen anderen Personen gegenüber juristischer d. h. rechtlich geschützter Besitzer. Umgekehrt verliert auch der berechtigte Besitzer allen anderen Per-

sonen gegenüber (adversus ceteros, S. 243 oben) durch die rechtswidrige Besitzentziehung den Besitz. Gelangt also der fehlerhaft erworbene Besitz in die Hand eines Dritten, der nicht Gesamtrechtsnachfolger des injustus possessor ist, so hört die frühere Fehlerhaftigkeit auf.

II. Verlust des Besitzes. Auch hier bewährt sich die v. Iheringsche Besitztheorie dadurch, daß Besitzverlust immer erst dann eintritt, wenn das äußere (objektive) Verhältnis zur Sache, in dem sich deren wirtschaftliche Zweckbestimmung für den Besitzer kundgibt, aufgehoben wird. Demnach ist zu unterscheiden zwischen 1. absichtlicher Aufgabe des Besitzes, 2. Verlust des Besitzes wider Willen des Besitzers und 3. Verlust des Besitzes durch Vernachlässigung.

1. Absichtliche Aufgabe des Besitzes: a) Einseitige Aufgabe ohne Uebertragungsabsicht (Dereliktion). Es genügt keineswegs die bloße innerliche Willensumkehr, der Entschluß, nicht mehr besitzen zu wollen. Selbst wenn jemand diesen Verzicht auf den animus domini in Worten äußert, z. B. A erklärt dem B, er begebe sich hiermit des Besitzes seiner Wertsachen, so verliert er doch den Besitz nicht eher, als bis er diese Willensumkehr auch durch entsprechende äußerliche Handlungen zur Erscheinung bringt. Solange also A im vorliegenden Falle jene Wertsachen gleichwohl in seiner custodia behält, ist seine rein wörtliche Aeußerung eine unwirksame protestatio facto contraria.

Einseitige Besitzaufgabe ist auch ein Tatbestandsmoment der Preisgabe des Eigentums einer Sache, sie besteht in der sichtbaren Kundgebung der Aufgabe jedes wirtschaftlichen und rechtlichen Interesses an der Sache, wie sie sich bei beweglichen Sachen z. B. durch Wegwerfen derselben äußert. Es ist jedoch zu beachten, daß der Dereliktionswille keineswegs immer auf das Eigentum, sondern zunächst auch auf bloß zeitweilige Aufgabe des Besitzes gerichtet sein kann. Welchen Inhalt der animus derelinquendi hat, ob nur den begrenzten der Besitzaufgabe oder auch den weitergehenden des Verzichts auf das Eigentumsrecht, ist nur aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen. Von dem, der sich einer Sache auf der Flucht entledigt, ist z. B. regelmäßig anzunehmen, daß er nur den zeitweiligen Besitz, nicht das Eigentum aufgeben will.

b) Zweiseitige Besitzübertragung: Auch die Dereliktion kann zugunsten einer bestimmten Person erfolgen; ihre Wirksamkeit ist dann aber nicht bedingt durch die Besitzaneignung des anderen, welche eine originäre Erwerbsart bildet. Anders bei der Uebergabe (Tradition), welche derivativ Sondernachfolge in

dèn Besitz vermittelt; der Tradent will lediglich den anderen ermächtigen, die Sache in Besitz zu nehmen, er will den Besitz nicht schlechthin aufgeben, behält ihn also solange, bis der andere den Besitz erlangt.

2. Aufhebung des Besitzes wider Willen des Besitzers: Sie kann erfolgen: a) durch Tätigkeit anderer Personen z. B. heimliche oder gewaltsame Wegnahme der beweglichen Sache oder bei unbeweglichen Sachen durch Besitzentsetzung (Dejektion). Hierbei ist zu beachten, daß solcher unfreiwilliger Besitzverlust durchaus nicht immer ein deliktisches Verhalten (furtum, vis atrox, injusta possessio) voraussetzt. Vielmehr kann unter Umständen die andere Person zu jener Handlung kraft erlaubter Selbsthülfe oder in Ausübung des Notwehrrechts berechtigt erscheinen, z. B. gerade deshalb, weil der Besitzer ihr gegenüber fehlerhaft besitzt (vgl. unten § 62).

b) Ohne Tätigkeit anderer Personen: An leblosen Gegenständen verliert man den Besitz, wenn sie außerhalb der wirtschaftlich üblichen custodia verloren gehen und sich nicht wiederfinden lassen, nicht jedoch, wenn sie innerhalb des Bereiches unserer custodia z. B. innerhalb des Hauses zeitweilig „verloren“ gehen. Wilde Tiere sind nur solange in unserem Besitz, als sie tatsächlich in unserer Gewalt sind; auf sie paßt wörtlich die gewöhnliche, in ihrer Allgemeinheit fehlerhafte Definition des Besitzes als einer „physischen Gewalt“; wir besitzen nicht das Wild in unseren Forsten, es sei denn, daß wir es eingezäunt haben; wir besitzen nicht die Fische in unseren fließenden Gewässern, solange wir sie nicht in besonderen Fischbehältern am Fortschwimmen hindern; dagegen besitzen wir Fische in geschlossenen Teichen, da diese unter unserer custodia (Aufsicht) stehen. An Haustieren und gezähmten wilden Tieren dauert der Besitz fort, auch wenn sie zeitweilig sich unserer Aufsicht entziehen, solange ihre Anhänglichkeit an die Person oder das Haus dauert (consuetudo revertendi).

3. Schon in den Fällen zu 1 und 2 zeigt sich, daß nicht die bloße Umkehr des subjektiven oder objektiven Besitzelements in sein Gegenteil, sondern vielmehr die Nachlässigkeit (neglecta custodia) für den Verlust des Besitzes eine maßgebende Rolle spielt. Daher wird von den römischen Juristen ausdrücklich auch in solchen Fällen, in denen die „tatsächliche Gewalt“ faktisch aufgehoben ist, und zwar selbst in dem erweiterten Sinne einer bloßen Möglichkeit ihrer

Ausübung, der Besitz nicht sofort für beendet erklärt. Auch bei Gegenständen, die zeitweilig sich der Einwirkung und custodia des Besitzers entzogen haben, gaben sie dem Besitzer noch eine angemessene Frist, innerhalb deren er sich um die Wiedererlangung der custodia bemühen konnte; erst nach Ablauf dieser den Umständen nach kürzer oder länger zu bemessenden kritischen Zeit erkannten sie auf Aufhebung des Besitzes wegen Nachlässigkeit.

Quellenstellen: Zu I, 1: Vgl. l. 5 § 1 D. 41, 2: Illud quaesitum est, an fera bestia quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra intelligatur; Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quodsi desierimus persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis ... plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est. — L. 46 D. h. t.: quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.

Zu I, 2: l. 10. § 1 de poss. 41, 2: Idem Pomponius bellissime tentat dicere numquid qui conduxerit quidem praedium precario autem rogavit non ut possideret sed ut in possessione esset? est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa, quod si factum est utrumque procedit. L. 18, pr. h. t. 41, 2: Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio: nec idem est possidere et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium.

L. 3, § 1 h. t. 41, 2: Et adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo aut per se corpore. Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.

L. 1, § 20 ibid. Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur: quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ex mente, ut operam duntaxat suam accommodarent: nobis non possunt adquirere. Alioquin, si dicamus, per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum esset, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.

L. 6 D. 39, 5: Si quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa, statim cum lapis exemptus est, — quodammodo traditione meus factus est. L. 1 § 21 D. h. t.: — non est corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint; et vina tradita haberi, cum claves cellae vinariae emptori traditae sint. — L. 15 § 1 D. de periculo 18, 6: — videri trabes traditas, quas emptor signasset.

L. 13 D. de donat. 39, 5: — nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agitur in sua persona, sed mihi adquirit.

Zu II, 1 b: Ueber die Wirkung der Tradition im Falle des Irrtums im Objekt oder an einen furiosus bestand eine Meinungsverschiedenheit.

Vgl. L. 34 pr. D. h. t. (Ulp.): Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego me putarem in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quamvis (Flor. quoniam) autem in corpore non consenserimus (Flor. in corpore consenserimus), an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest; et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Dagegen L. 18 § 1 eod. (Celsus). Si furioso, quem sanae (Flor. suae) mentis esse existimas, . . . rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; immo vult dimittere, quia existimat se transferre. Vgl. Böcking, Inst. § 125 not. 15: „Offenbar nimmt hier Celsus eine andere Absicht an, als Ulpian in L. 34 pr. cit., und beide Stellen widersprechen sich einander nicht". Dagegen Scheurl, Beitr. I S. 204.

Zu II, 2, 3: L. 3 § 13 h. t. 41, 2: — si vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo inveniantur: dissimiliter atque si sub custodia mea sit nec inveniatur, quia praesentia ejus sit et tantum cessat interim diligens inquisitio. — L. 37 D. de usurp. et usucap. 41, 3: Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit. L. 47 D. 41, 2: — rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit.

Literatur: v. Ihering a. a. O., Kniep, Vacua possessio 1885; Pininski, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs, 1885; Hirsch, Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbs und Verlustes, 1899.

Ueber Erwerb und Verlust des Besitzes im BGB. den hier eingeführten mittelbaren Besitz (§§ 854, 868 ff.), vgl. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. II S. 440 ff.

§ 62. Schutz des Besitzes.

Der Schutz des Besitzes ist in doppelter Weise möglich: I. durch Eigenmacht. Diese Eigenmacht kann wiederum sein: 1. defensiv als Behauptung eines noch bestehenden Besitzverhältnisses. Unter diesen Gesichtspunkt fällt auch die Behauptung des Besitzes gegen den bloßen Inhaber, detentor nostro nomine, der sich selbst den Besitz anmaßt, z. B. gegen einen Pächter, der nicht duldet, daß ich mein Grundstück betrete, soweit er hierzu nicht durch Pachtvertrag befugt ist, gegen den Mieter, der nach beendeter

Mietzeit nicht räumt; nach römischem Recht können beide eigenmächtig entsetzt (dejiziert) werden.

2. Offensiv: Nach römischem Recht darf der frühere Besitzer auch gegen denjenigen, der von ihm den Besitz in mangelhafter Weise erlangt hat (vitiosus possessor) zur Wiedererlangung seines rechtmäßigeren Besitzes Gewalt anwenden. Der vitiosus possessor ist ihm gegenüber injustus possessor. Es gab drei Arten der sog. vitiosa possessio, je nachdem der mangelhafte Besitz vi (gewaltsam), clam (heimlich) oder precario (bittweise auf Widerruf) entstanden war. Allen anderen Personen gegenüber wurde auch der vitiosus possessor als Besitzer anerkannt, das vitium possessionis wirkt also bloß relativ („beziehungsweise", in personam).

II. Durch Klagen (gerichtlicher Schutz des Besitzes). Hier kommen vor allem die Interdikte in Betracht. Diese können gerichtet sein entweder: 1. auf die erstmalige Erlangung des (noch nicht bestehenden) Besitzes, interd. adipiscendae possessionis, oder 2. auf Anerkennung eines bestehenden Besitzverhältnisses, interd. retinendae possessionis, oder 3. auf die Wiedererlangung eines verloren gegangenen Besitzes, interd. recuperandae possessionis.

Die Interdikte zu 2 und 3 unterscheiden sich von denen zu 1 gemeinsam dadurch, daß bei ihnen der Besitz nicht bloß den Zweck, sondern auch den Grund der Klage bildet; sie stehen dem Besitzer als solchem zu, weil er den Besitz hat oder wenigstens gehabt hat, ohne weitere Voraussetzungen. Dagegen bildet bei einem interd. zu 1 der Besitz zwar den Gegenstand (Zweck) der Klage, nicht aber ihren Grund; ihren Grund bildet vielmehr irgendein Recht, z. B. prätorisches Erbrecht; man hat ihnen daher vielfach den eigentlich possessorischen Charakter absprechen wollen. Das Gemeinsame aller 3 Arten von Interdikten besteht darin, daß bei ihnen ein Verhältnis der Person zur Sache nicht endgültig, sondern nur einstweilig (provisorisch) festgestellt wird. Es kann also, nachdem mittelst eines solchen Interdikts (in possessorio) über den Streit entschieden worden ist, das Rechtsverhältnis der Person zur Sache nochmals zur Verhandlung kommen (in petitorio).

Das Besitzrecht schafft also zwei verschiedene Instanzen, nicht im Sinne des formellen Rechtsgangs, sondern auf Grund des materiellen Rechts: die Besitzinstanz (possessorium) und die Rechtsinstanz (petitorium); der Erfolg, der in der ersten Instanz gewonnen ist, kann in der zweiten wieder aufgehoben werden. Zur Lehre

vom Besitz gehören, wie schon bemerkt, nur die beiden letzten Arten von Interdikten.

A. Die interdicta retinendae possessionis: Nach Gajus (IV, 148) sind die beiden interdicta retinendae possessionis, das interd. uti possidetis und das interd. utrubi, ersteres für Grundstücke, letzteres für bewegliche Sache ursprünglich zum Zwecke der Regelung des Besitzstandes für die Dauer des Rechtsstreits bei einer reivindicatio vom Prätor eingeführt worden. Im ältesten Recht regelte der Prätor den Besitzstand während des Rechtsgangs nach freiem Ermessen. Erst mit Einführung des Formularprozesses stellte sich das Bedürfnis einer besonderen Regelung ein, da das ältere Verfahren auf den Sakramentsprozeß beschränkt war; jetzt wurde der Besitzstand zum Gegenstande richterlicher Entscheidung, aus dem jus in das judicium übergeleitet. Diese Interdikte nun waren nichts anderes, als bedingte und gleichmäßig an beide Parteien gerichtete Befehle (interdicta duplicia), durch welche jeder Partei untersagt wurde, den fehlerfreien Besitz des Gegners zu beeinträchtigen, zu stören. Wenn nun nach Erlaß des Interdikts die eine oder andere Partei eine solche Störung behauptete, so konnte sie sich wieder an den Prätor wenden und ihn um Bestellung eines judex bitten, der dann die Störung festzustellen hatte. Vgl. Bd. I S. 257 (das Verfahren war einigermaßen verwickelt, da 4 sponsiones erfordert wurden). Selbstverständlich mußte auch schon für die Dauer dieses Besitzstreits der einstweilige Zustand geregelt werden, und dies geschah durch Versteigerung des Besitzes unter den Parteien (fructus licitatio); wer den Besitz in dieser Versteigerung erstanden hatte, mußte, wenn er später im Besitzprozeß unterlag, dem Gegner a) die summa licitationis, d. h. die erlegte Versteigerungssumme, b) die gezogenen Früchte (fructus) erstatten.

Im späteren Recht hat sich dieser Besitzprozeß, der anfangs ein bloßes Vorstadium der reivindicatio bildete, vollständig von dem Zusammenhange mit der reivindicatio abgelöst, und im klassischen Rechte erscheinen beide Interdikte als selbständige Rechtsmittel auf Grund des ed. perpetuum.

In die Formel für den Richter mußte zugunsten des Gegners die exceptio vitiosae possessionis aufgenommen werden. Wenn demnach eine Partei (A) auch nicht mehr im Besitz war, aber nachweisen konnte, daß die andere (B) von ihr den Besitz vi aut clam aut precario erlangt hatte, also injustus possessor ihr gegenüber

war (alter ab altero), so wurde B nicht geschützt, vielmehr verurteilte jetzt der Richter den B zur Herausgabe des Besitzes an A d. h. das interdictum retinendae possessionis bekam somit auch eine „rekuperatorische Funktion". Diese scheinbare Regelwidrigkeit findet ihre zureichende Erklärung dadurch, daß das Interdikt allgemein an beide Parteien gerichtet ist, daß also beide Parteien zugleich Kläger und Beklagte sind. — In noch anderem Sinne war das interdictum utrubi rekuperatorisch gestaltet, da ihm zufolge derjenige im Besitze geschützt werden sollte, der vom Erlaß des Befehls an für ein Jahr zurückgerechnet die Sache am längsten besessen hatte, qui majore parte anni possidebat. (Major pars anni bedeutete hier nicht etwa „länger, als sechs Monate", sondern „länger, als der andere").

Im Justinianischen Recht sehen wir diesen rekuperatorischen Inhalt des interd. utrubi beseitigt; auch mit dem interd. utrubi soll jetzt nur derjenige obsiegen, der im Augenblicke der Anstellung des Interdiktenprozesses (momento interdicti redditi) den Besitz hat. Daher sind im Justinianischen Rechte die beiden Interdikte „uti possidetis" und „utrubi" nur noch dem Namen nach zu unterscheiden. Auch die fructus licitatio ist im Justinianischen Rechte verschwunden. — Die gemeinrechtliche Praxis entschied über die Vorfrage, wer während der Dauer des Besitzstreits den Besitz haben solle, auf Grund eines beschleunigten Vorverfahrens (possessorium summariissimum).

Beide Interdikte gehen nur auf Anerkennung des Besitzes und cautio de non amplius turbando, nicht auf Schadensersatz und können nur intra annum utilem angestellt werden d. h. die letzte Störung, wegen deren der Besitzschutz beansprucht wird, muß im letztverflossenen Jahre stattgefunden haben.

B. Interdicta recuperandae possessionis: Als solche bezeichnet man das interd. unde vi und das interd. de precario.

1. Interdictum unde vi: Vor Justinian unterschied man ein interd. de vi simplici und ein interd. de vi armata. Wenn A dem B den Besitz gewaltsam entzogen hatte, so konnte B (s. oben zu I.) sich eigenmächtig vi simplici oder quotidiana wieder in Besitz setzen; klagte nunmehr A, so konnte B ihm die exceptio vitiosae possessionis entgegensetzen d. h. den Beweis antreten, daß jener ihm vorher den Besitz gewaltsam (vi) oder auch clam (heimlich) oder precario (bittweise) entzogen habe. Hatte dagegen B sich mit bewaff-

neter Hand (vi armata) in den Besitz gesetzt, so wurde er in dem diesen Umstand betonenden interd. de vi armata mit der Einrede der vitiosa possessio nicht gehört. Justinian hat beide Interdikte verschmolzen, d. h. er hat die exceptio vitiosae possessionis in allen Fällen des interd. unde vi beseitigt, — eine Einschränkung des Rechts der offensiven Selbsthülfe.

Das interd. unde vi beschränkte sich auf Grundstücke (unde tu — vi eum dejecisti); für den Besitzschutz bei beweglichen Sachen war man auf Deliktsklagen, actio furti, rapinae angewiesen. Es ging intra annum utilem nicht nur auf Wiedereinräumung des Besitzes, sondern auch auf Schadensersatz.

2. Interdictum de precario: Wenn jemand einem anderen eine Sache, sei es nun eine bewegliche oder unbewegliche, zu jederzeit widerruflichen Gebrauche überlassen hatte, so konnte er dieses Interdikt, das nicht auf ein Jahr beschränkt war, sondern der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung unterlag, anstellen, um den Besitz wieder zu erlangen.

Quellen: Vgl. zu II A.

L. 1 pr. § 1, 4 D. uti possidetis 43, 17: Ait praetor; UTI EAS AEDES QUIBUS DE AGITUR NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, QUO MINUS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO. — Hoc interdictum de soli possessore scriptum est; ... et est prohibitorium ad retinendam possessionem: — nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. § 9 ibidem: Quod ait praetor in interdicto „nec vi nec clam nec precario“ ... hoc eo pertinet, si quidem ab alio, prosit ei possessio: si vero ab adversario tuo, non debeat eum propter hoc quod ab eo possidet vincere. — L. un. D. utrubi 43, 31: Praetor ait: UTRUBI HIC HOMO QUO DE AGITUR MAIORE PARTE HUIUSCE ANNI FUIT, QUO MINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. — Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet. Gajus IV, § 152: Annus autem retrorsus numeratur: itaque si tu verbi gratia VIII mensibus possederis prioribus et ego VII posterioribus, ego potior ero, quod trium priorum mensium possessio nihil tibi in hoc interdicto prodest, quod alterius anni possessio est. L. 156 D. de V. S. 50, 16: „Maiore parte anni“ possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius paucioribus diebus possederit. Gajus IV, § 151: In „utrubi“ interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius quam iustum est ei accedere, velut eius cui heres exstiterit, eiusque a quo emerit vel ex donatione aut dotis nomine acceperit; .. sed si vitiosam habeat possessionem, i. e. aut vi aut clam aut precario ab adversario adquisitam, non datur accessio: nam ei sua possessio nihil prodest.

Zu II B: L. 1 pr. D. de vi. Praetor ait: Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tandummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui deiecit, pervenerit, iudicium dabo. — Ueber

die Unterscheidung des ältern Rechts zwischen dem interdictum de vi armata und de vi quotidiana, welches letztere durch Fehlerhaftigkeit des Besitzes ausgeschlossen war, vgl. Gai. IV 154, 155 mit § 6 J. de interd. 4, 15.

Interdictum de clandestina possessione? L. 7 § 5 D. comm. div. 10, 3. Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium (communi dividundo) dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cossabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit. Darüber Savigny a. a. O. § 41.

Zu II B, 2: L. 1 pr. D. de precario 43, 26: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. L. 2 pr. eod.: Ait praetor: QUOD PRECARIO AB ILLO HABES AUT DOLO MALO FECISTI UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS.

Schriften: Wendt, Das Faustrecht 1883; Pflüger, Die sog. Besitzklagen des röm. Rechts, 1890; Bruns, Die Besitzklagen, 1874; Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust, 1901; Eck, Die sog. doppelseitigen Klagen des röm. und gemeinen deutschen Rechts, 1870. Ueber Precarium: Ubbelohde, Arch. f. zivilist. Praxis Bd. 59 S. 221 ff.; Scialoja, Sopra il precarium nel dir. Roman. 1878.

Auf Grund eines der gefälschten Gesetze Pseudoisidors, das in das Dekretum Gratiani überging, wurde im gemeinen Rechte eine allgemeine Besitzklage, die sog. actio spolii ausgebildet, zu deren Begründung jegliche Entziehung des Besitzes wider den Willen des bisherigen Besitzers genügte und die, was von besonderer Bedeutung war, auch dem Detentor im eigenen Interesse, z. B. dem Mieter und Pächter gewährt wurde. Sie wurde auf den sog. canon Redintegranda (c. 2 C. 3 qu. 1) gestützt und hieß daher auch condictio ex canone. Derselbe enthält eine dem Papste Joannes untergeschobene Epistel: „Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunque condicione temporis aut captivitate aut dolo aut violentia majorum aut per quascunque injustas causas res ecclesiae vel proprias aut substantias suas perdidisse noscuntur. . . .

Nachdem v. Savigny diese Ausdehnung des Besitzschutzes vergeblich bekämpfte und die Praxis auf den Standpunkt des interd. de vi zurückzuführen versuchte, hat die neuere Gesetzgebung, zunächst das Preuß. Landrecht, dann auch das BGB., den umfassenderen Besitzschutz der Spolienklage sanktioniert. Vgl. BGB. §§ 861, 862. Sogar dem prokuratorischen Besitzer (§ 868) steht jetzt diese Klage zu. Vgl. Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB. II S. 465 ff. Im einzelnen vgl. über die Spolienklage Bruns, Recht des Besitzes S. 127 ff.; Ruffini, L'actio spolii 1889; Maaßen, Zur Dogmengeschichte der Spolienklage in Bekkers Jahrb. Bd. 3 Nr. 8. Sohm, Inst. § 67, weist zutreffend darauf hin, daß diese Erweiterung des Besitzschutzes mit Rücksicht darauf, daß die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung zurzeit nur zur Miete wohnt, von großer sozialer Bedeutung ist.

Kapitel V.

Dingliche Rechte an fremden Sachen (Jura in re aliena).

§ 63. Im allgemeinen.

Das Eigentum als vollkommenstes Recht an einer Sache gewährt die rechtliche Möglichkeit, die Sache zu allen denkbaren Formen des Genusses, der, wie v. Ihering nachdrücklich hervorgehoben hat, das „substantielle Moment" jedes Rechts bildet, zu verwenden.[1]) Als Genußformen können in Frage kommen: 1. Die bloße Benutzung der Sache nach Maßgabe ihrer Brauchbarkeit für menschliche Zwecke, ohne Verbrauch, z. B. Benutzung eines Werkzeugs, Bewohnung eines Hauses, Ausnutzung der Zugkraft eines Pferdes (uti). 2. Wenn die Sache zugleich eine fruchtbringende ist, so tritt zu diesem bloßen Gebrauch (uti) hinzu der Genuß der Früchte, uti frui. 3. Bei manchen Sachen erschöpft sich das Bestimmungsverhältnis in ihrem Verbrauch, ihrer „Konsumtion", res quae usu consumuntur (Beispiele: Nahrungsmittel, Feuerungsmittel).

Die unter 1—3 erwähnten Genußformen sind die unmittelbaren oder realen Formen des Genusses. Zu diesen gesellen sich noch folgende mittelbare oder „ideale" Formen, nämlich 4a) der Genuß des Wertes der Sache durch ihre Veräußerung sei es unentgeltlich (Schenkung) oder entgeltlich im Tauschverkehr, durch Tausch und Verkauf, und 4b) der Genuß des Wertes der Sache durch zeitweise oder dauernde Ueberlassung ihres Gebrauchs (des uti oder uti frui) an andere, sei es unentgeltlich oder entgeltlich.[2]) Wie das Eigentum die rechtliche Möglichkeit zu diesen Genußformen gewährt, so ermöglicht der Sachbesitz die rein faktische Ausübung.

Der Verkehr zeitigt aber überall in größerem oder geringerem Umfange das Bedürfnis, den realen Genuß einer Sache in einer der unter 1—3, 4b genannten Richtungen zu erlangen, ohne daß ein Interesse an der Uebertragung des Eigentums selbst vorliegt, oder auch unter Umständen, die diese Uebertragung aus rechtlichen oder faktischen Gründen ausschließen. Allerdings dient der Befriedigung dieses Verkehrsbedürfnisses vor allem die Verkehrsobligation (s. unten B. V). Diese aber (Miete, Pacht usw.) gewährt dem Berechtigten

---

[1]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts, B. II, § 60.

[2]) v. Ihering a. a. O. S. 334 f.

immer nur einen persönlichen Anspruch auf Gestattung des Genusses gegen den Eigentümer (actio in personam). Das wirtschaftliche Bedürfnis fordert auch die Möglichkeit dinglich geschützter Rechte an fremden Sachen (jura in re aliena), durch die der Berechtigte unabhängig vom Eigentümer selbständig gegen jeden Dritten sich im Genusse behaupten kann (actio in rem). Die sogenannte Elastizität des Eigentumsbegriffes (vgl. S. 216 oben) läßt diese Ergänzung des Sachenrechts von vornherein begrifflich als möglich erscheinen. Man hat sich das Wesen eines solchen dinglichen Rechts an einer fremden Sache keineswegs als abgelöste Eigentumsbefugnis, als ein aus einen der Fülle des Machtinhalts des Eigentums herausgenommenen Eigentumsteil zu denken, – alsdann würde der Eigentümer in Ansehung dieser Befugnis völlig schutzlos dastehen —, vielmehr handelt es sich bei allen jura in re aliena nur um eine Beschränkung des Eigentümers zugunsten des bestimmten Berechtigten; auch das jus in re aliena ist ein relatives Recht, soweit seine negative Wirkung, die Beschränkung der Macht des Eigentümers in Frage kommt; absolut (in rem) ist es nur in Ansehung des Schutzes, der dem Berechtigten nicht bloß gegen den Eigentümer, sondern auch gegen jeden Dritten gewährt wird.[1]) Die Formen der dinglichen Rechte erstrecken sich auf alle oben erwähnten Verzweigungen des Genusses, mit Ausnahme desjenigen zu 4 a.

Entsprechend der bäuerlichen Wirtschaft des alten Rom haben landwirtschaftliche Bedürfnisse die ersten dinglichen Rechte an fremden Sachen ins Leben gerufen. Wir finden schon unter den sogenannten res mancipi (S. 210 f. oben) die sogenannten Rustikalservituten: jura praediorum rusticorum, veluti via, iter, actus, aquae ductus. Zu diesen traten dann mit der Entwicklung des Verkehrs und vor allem des städtischen Lebens sowohl andere Formen der Prädial-

[1]) Zur Erläuterung dieses Gedankens ist vor allem bemerkenswert l. 4 § 7 D. si servitus 8, 5: Competit autem de servitute actio domino aedificii neganti servitutem se vicino debere, cujus aedes non in totum liberae sunt, sed ei cum quo agitur servitutem debent. Verbi gratia habeo aedes, quibus sunt vicinae Sejanae et Sempronianae. Sempronianis servitutem debeo, adversus dominum Sejanarum volo experiri altius me tollere prohibentem: in rem actione experiar: licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo agitur, non serviunt: hoc igitur intendo habere me jus altius tollendi invito eo cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet, liberas aedes habeo.

servituten, insbesondere die sogenannten Urbanalservituten, als auch schließlich die sogenannten Personalservituten, die nicht auf dauernden wirtschaftlichen Gründen, sondern auf rein persönlichen Bedürfnissen beruhen (ususfructus, usus). Damit erschöpfen sich die jura in re aliena des römischen Zivilrechts. Erst das prätorische Recht und das jus gentium hat noch — abgesehen vom Pfandrecht, einen jus in re aliena aus dem Gesichtspunkte zu 4 a, das wir aus später darzulegenden Gründen dem V. Buche angliedern müssen — zwei sehr eigenartige und umfassende jura in re aliena re entwickelt: die superficies und die emphyteusis. Bei diesen hat es sich offenbar ursprünglich um rein obligatorische Verhältnisse gehandelt, die lediglich auf eine actio in personam angewiesen waren. Der Prätor hat aber mit Rücksicht darauf, daß die Verhältnisse auf längere Dauer berechnet waren, neben der persönlichen Klage auch noch die in rem actio und den possessorischen Schutz zugunsten des Berechtigten geschaffen. Vgl. unten § 69.

§ 64. Die Dienstbarkeiten (Servituten), Begriff, Arten und Schutz derselben.

Jahrhundertelang bildete die Servitut (Dienstbarkeit) die einzig zulässige Form eines jus in re aliena. Wir können sie allgemein definieren als ein auf uti, oder auf uti frui einer fremden Sache gerichtetes, einem bestimmten Berechtigten zustehendes dingliches Recht. Auch die später entstandene superficies und emphyteusis gewähren ein Recht auf uti bzw. uti frui und sind inhaltlich von den Servituten nicht verschieden. Das unterscheidende Moment der Servituten von ihnen aber bildet abgesehen vom Ausschluß aller obligatorischen Beziehungen die unlösbare Verknüpfung mit einem bestimmten Berechtigten. Servituten sind nicht, wie superficies und emphyteusis frei veräußerlich, sie sind entweder nur mit dem „herrschenden“ Grundstück übertragbar (Prädialservituten) oder überhaupt nicht übertragbar und erlöschen dann mit der Person (Personalservituten).

Der Gegensatz zwischen Prädial- und Personalservitut beruht auf dem Gegensatze der individuellen oder abstrakten Bestimmung des berechtigten Subjekts. Bei der Prädialservitut ist als berechtigtes Subjekt z. B. zur Ausübung eines Wegerechts allgemein der jeweilige Eigentümer eines bestimmten Grundstücks, also nicht dieser bestimmte Eigentümer bezeichnet. Daher erlischt auch das Recht

nicht mit dem Tode dieses bestimmten Eigentümers; ein anderer, der Gesamtrechtsnachfolger oder Sonderrechtsnachfolger, tritt an dessen Stelle. Der Grund liegt darin, daß der Nutzwert jenes bestimmten (herrschenden) Grundstücks gefördert und gesteigert werden soll. Es lag daher von jeher die Versuchung nahe, das „herrschende" Grundstück selbst dem wahren Destinatär oder Zwecksubjekt, das selbstverständlich immer nur ein Mensch sein kann, unterzuschieben, und schon die Römer redeten in diesem bildlichen Sinne von sog. jura praediorum (genit. subject.). Dagegen ist das Zwecksubjekt der Personalservitut von vornherein eine individuell bestimmte Person.

Als jura in re werden sämtliche Servituten durch eine in rem actio geschützt, die man als actio confessoria bezeichnet und die das kontradiktorische Gegenteil zur actio negatoria (S. 235 f. oben) bildet.

Neben diesem petitorischen Schutzmittel, bei dem Kläger den Beweis seines Rechts zu führen hat, hat sich aber noch für die dinglichen Rechte an fremder Sache ein possessorischer (relativer, provisorischer) Schutz nach Analogie des Sachbesitzes entwickelt, die sog. juris oder quasi-possessio. Vgl. § 67 Ziff. 2 unten.

§ 65. Die Grunddienstbarkeiten (Prädialservituten). Gesetzliches und gewillkürtes Nachbarrecht. Entstehung und Untergang.

I. Dasjenige Eigentum, welches weniger unmittelbar als vielmehr mittelbar die größte Machtfülle mit sich führt, ist das Eigentum an Grund und Boden. Ein wahrhaft freier Mann und Bürger ist, wie Justus Moeser dies in seinen gedankenreichen und politisch lehrreichen „patriotischen Phantasien" wiederholt zur größten Anschaulichkeit bringt, nur derjenige, der ein mehr oder weniger großes Stück des vaterländischen Bodens sein eigen nennt. Andererseits führt nichts so sehr zur mittelbaren Gewaltherrschaft über die Masse der übrigen Bewohner und somit zu deren indirekter Knechtung, als eine einseitige Verteilung des Grund und Bodens an wenige Grundherren (Monopolisierung des Grundbesitzes). Darum ist, wie auch v. Ihering[1]) ausführt, die Frage, wie weit eine dingliche (dauernde) Beschränkung der Eigentumsfreiheit an Grundstücken von der Gesetzgebung zugelassen werden darf, von besonders maßgebendem Einfluß auch in politischer (öffentlich-rechtlicher) Hinsicht. „Sind derartige Beschränkungen dauernder Art, so begründen sie,

[1]) v. Ihering, Geist des röm. Rechts III § 33, S. 227 ff.

wie es die römische Sprache für die älteste Art derselben treffend ausgedrückt hat, einen Zustand der Unfreiheit (servitus), der jedem Besitzer für ewige Zeiten fühlbar bleibt". „Der moralische Einfluß, den das Grundeigentum auf den Eigentümer ausüben kann und soll: das Gefühl der Sicherheit, Freiheit, Unabhängigkeit, die Liebe und Anhänglichkeit zur Scholle kann durch das einem Dritten zustehende Recht der Einmischung in empfindlichster Weise beeinträchtigt werden. Ein freier Mann ein freies Gut, ein unfreies Gut eine dauernde Quelle der Verstimmung des Besitzers, ein Hemmnis der Landwirtschaft". — „Die Römer mit ihrem wunderbaren Instinkt haben von altersher die feine Grenzlinie, die hier das Rechte von dem Verkehrten scheidet, richtig erkannt."

Im wesentlichen liegt die Grenzlinie in dem Bedürfnisse eines nachbarlich-friedlichen Nebeneinanderwohnens. Hieraus ergeben sich zunächst gewisse gesetzliche Beschränkungen des Grundeigentums, (das gesetzliche Nachbarrecht, sog. Legalservituten, wegen deren wir des Näheren auf Dernburg, Pand. I § 200 verweisen); diese geben den allgemeinen Rahmen ab, innerhalb dessen ein erträgliches Nebeneinanderwohnen je nach Art, Lage und wirtschaftlicher Bestimmung der Grundstücke, möglich erscheint. Wo aber das individuelle Bedürfnis des einzelnen Grundeigentümers weiter reicht, ist es seine Privatsache, sich durch besonderen Vertrag mit seinem Nachbarn eine größere Bewegungsfreiheit auszubedingen oder umgekehrt, die Eigentumsfreiheit seines Nachbarn einzuschränken. Diesem Zwecke dienen die Prädialservituten oder Grunddienstbarkeiten, die man daher nur dann richtig würdigt, wenn man sie von vornherein als gewillkürtes (paktiertes) Nachbarrecht auffaßt. Zugunsten der objektiven Freiheit (vgl. Bd. I S. 165) haben die Römer hier der Privatautonomie gewisse Schranken gezogen und die Zulässigkeit der Prädialservituten an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Als paktiertes Nachbarrecht ist die Grunddienstbarkeit nur zulässig zwischen Nachbarn, praedia debent esse vicina. 2. Die Servitut soll nur zur Regelung dauernder wirtschaftlicher Bedürfnisse eines Grundbesitzers als solchen dienen; für vorübergehende Bedürfnisse bleibt die obligatorische Bindung des Nachbarn, das Obligationenrecht ausreichend. Die Bestimmung des „herrschenden" Grundstücks selbst soll durch die Servitut gefördert werden (servitus fundo utilis esse debet). Solche Servituten, die lediglich dem Be-

sitzer einen individuellen Vorteil oder eine Annehmlichkeit zuwenden, die kein allgemein im Grundbesitz anerkanntes Interesse befriedigen, sind ungültig. 3. Auch auf seiten des dienenden Grundstücks (praedium serviens) fordert man eine causa perpetua, d. h. die natürliche Beschaffenheit desselben muß den Nutzen der Servitut dauernd gewährleisten. 4. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks darf vermöge der Servitut nur zu einem Dulden oder Unterlassen, niemals zu positiven Leistungen (facere) verpflichtet werden, servitus in faciendo consistere nequit. — Res servit, non persona. Das römische Recht kennt nicht die im deutschen Mittelalter so vielseitig ausgebildete und mit der persönlichen Knechtung (Hörigkeit) der Grundbesitzer zusammenhängende Reallast (Frohnden, Zehnten usw.).

II. Die ältesten römischen Prädialservituten entsprangen ausschließlich landwirtschaftlichen nachbarlichen Bedürfnissen. Es sind die sog. Rustikalservituten: a) die Wegegerechtigkeit, iter, das Recht eines Fußwegs; b) via, das Recht einer Fahrstraße (8 Fuß breit, in der Biegung 12 Fuß nach den XII Tafeln); c) actus, die Triftgerechtigkeit (qui actum habet, et iter habet); d) die Wasserschöpfgerechtigkeit, serv. aquae hauriendae; e) die Wasserleitungsgerechtigkeit, serv. aquaeductus; f) die Weidegerechtigkeit, serv. pecoris pascendi. Hieran schlossen sich mit der Entwicklung des städtischen Lebens und der Baukunst die sog. Urbanalservituten, deren Voraussetzung übrigens nicht die städtische Lage, sondern lediglich das in dieser zuerst geschichtlich entwickelte Interesse des Gebäudebesitzers, der Vorteile des Wohnbaus bildete.

Als Hauptbeispiele dieser Gebäudedienstbarkeiten sind zu merken: a) die servitus altius non tollendi, das Recht, dem Nachbarn ein Höherbauen zu verbieten; b) die servitus tigni inmittendi, das Recht, den Balken, der ein Stockwerk trägt, in die Nachbarmauer zu legen; c) die servitus oneris ferendi, Berechtigung, einen Teil des Gebäudes, Pfeiler, Wand, Säule auf einem Teil des Nachbargebäudes zu stützen; d) die servitus stillicidii, das Recht, das Regenwasser von unserem Gebäude auf das Nachbargrundstück abtropfen zu lassen, sog. Recht des Tropfenfalls; e) die servitus protegendi, das Recht, einen Vorbau in des Nachbars Luftraum zu haben; f) die Aussichtsgerechtigkeit, serv. ne prospectui officiatur; g) servitus ne luminibus officiatur, Recht auf Licht, d. h. darauf, daß wenigstens der Ausblick aus Fenstern oder Balkons auf den Himmel nicht verbaut werde.

Faßt man den Inhalt dieser verschiedenen Arten der Dienstbarkeiten näher ins Auge, so ergibt sich, daß die Rustikalservituten überwiegend durch eine Tätigkeit des Berechtigten ausgeübt werden (Gehen, Fahren usw.), die Gebäudeservituten dagegen entweder in einem bloßen Verbietungsrecht oder im Haben einer baulichen Konstruktion bestehen; man unterscheidet darnach servitutes faciendi und habendi; der Unterschied deckt sich aber nicht ganz mit dem der Feld- und Gebäudedienstbarkeiten; die Wasserleitungsservitut z. B. gewährt ein Haben und ist doch eine Felddienstbarkeit. — Wichtiger ist die Unterscheidung zwischen affirmativen Servituten, d. h. solchen, die eine unmittelbare Einwirkung auf das dienende Grundstück gestatten, und negativen, sc. serv. prohibendi, die sich lediglich in Verboten geltend machen.[1]) Zu ersteren gehören die oben zu 1, a—f, 2 b, c, d, e genannten, zu letzteren die zu 2, a, f, g. Ferner unterscheidet man servitutes continuae, ständige Servituten, die in einem dauernden Zustande sich äußern, 1 e, 2 a, b, c, e, f und discontinuae, nicht ständige, die nur zu gewissen Zeiten und bei besonderen Gelegenheiten ausgeübt werden dürfen, z. B. Recht der Frühjahrsbewässerung, Recht, die Ernte abzufahren.

III. Nach Zivilrecht konnte eine Servitut unter Lebenden, abgesehen von den vier zu II, 1 a—d genannten, für welche die XII Tafeln die Manzipation zulassen, nur durch in jure cessio bestellt werden. Daneben galt noch die sogenannte deductio, d. h. Begründung durch Vorbehalt bei der Veräußerung des Grundstücks mittels in jure cessio oder mancipatio. Ferner konnte eine Servitut letztwillig durch Testament (Legat) bestellt werden.[2]) Die ursprünglich im Zivilrecht zulässig gewesene Ersitzung (usucapio servitutis) durch ein- bzw. zweijährige Ausübung ist durch eine lex Scribonia aufgehoben worden; statt derselben wurde die im Provinzialrecht eingeführte longi temporis praescriptio für anwendbar erklärt (vgl. unten S. 266).

Die Servitut endigte: a) durch Vertrag; b) durch Nichtgebrauch (non-usus) in zwei Jahren; bei Gebäudeservituten mußte aber zum Nichtgebrauch noch die sog. usucapio libertatis hinzukommen, d. h. der Besitzer des dienenden Grundstücks mußte einen der Ausübung

[1]) Die Unterscheidung kann bei der Ersitzung bzw. der Unterbrechung der Ersitzung praktisch werden.

[2]) Unter gewissen Umständen, bei der Teilungsklage (vgl. I S. 237) konnte auch der Richter eine Servitut begründen (adjudicatio).

der Servitut widersprechenden Zustand hergestellt haben und dieser Zustand mußte während der zwei Jahre bestanden haben.

An Provinzialgrundstücken war, da die Bestellung unter Lebenden mancipatio oder in jure cessio voraussetzte, überdies das Zivilrecht sich auf Grundstücke in italico solo beschränkte, eine Servitut im Sinne des Zivilrechts ausgeschlossen. Selbstverständlich aber machte sich gleichwohl das wirtschaftliche Bedürfnis nach Servituten auch in den Provinzen geltend. Dies führte zu einem besonderen Servitutenrecht juris gentium. Die rechtsgeschäftliche Bestellung unter Lebenden erfolgte hier pactionibus et stipulationibus, d. h. durch dinglich wirkenden Vertrag, dessen Verbindlichkeit durch Stipulationen von Vertragsstrafen gesichert wurde. Der präses provinciae gab aus solchen Verträgen eine in rem actio, deren Formel nicht, wie im Zivilrecht, auf „jus mihi esse etc.", sondern auf „uti liceret etc." lautete. Außerdem gelangte für die Provinzialservitut die longi temporis praescriptio als neue Ersitzungsform zur Anwendung, d. h. die Ausübung als Recht (animo juris) nec vi nec clam nec precario, während 10 Jahre inter praesentes[1]) oder 20 inter absentes[2]) wurde als Erwerbsgrund anerkannt.

Dieses Provinzialrecht wirkte nun wieder auf das Zivilrecht zurück. Da in Italien zahlreiche peregrini ansäßig wurden, so sah sich der Prätor veranlaßt, auch diese und zwar nach Maßgabe der Grundsätze des jus gentium in Ansehung der von ihnen nur durch Verträge erlangten Grunddienstbarkeiten zu schützen; es entstand jetzt in Italien selbst der Gegensatz der servitutes civiliter constitutae und derjenigen, quae tuebantur officio praetoris; für letztere genügte zur Bestellung traditio et patientia.[3]) Der Prätor erteilte die actio confessoria utilis. Es verstand sich von selbst, daß er die Bürger nicht schlechter stellen konnte als die Fremden und Provinzialen; somit wurde auch die provinzialrechtliche praescriptio longi temporis zugelassen.

Im Justinianischen Rechte endlich wurde der ursprüngliche Gegensatz zwischen zivilrechtlichen und provinzialrechtlichen

---

[1]) d. h. wenn der Ersitzende und der Eigentümer des dienenden Grundstücks in derselben Provinz wohnten.

[2]) d. h. wenn der Ersitzende und der Eigentümer des dienenden Grundstücks in verschiedenen Provinzen wohnten.

[3]) L. 1 pr. D. de serv. praed. rust. 8, 3.

Servituten ebenso beseitigt, wie der Unterschied des quiritarischen Eigentums und des dominium juris gentium (S. 219 f. oben).

Die durch formlosen Vertrag, der praktisch längst an Stelle der in jure cessio und mancipatio auch in Italien üblich geworden war, und durch Ersitzung begründeten Servituten gelten jetzt als jure (civiliter) constitutae.

Aus den Quellen: Vgl. zu I: L. 1 § 1 D. comm. praed. 8, 4: Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium, nec quisquam habere, nisi qui habet praedium. L. 86 D. de V. S. 50, 16: Quid aliud sunt jura praediarum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas salubritas amplitudo? — L. 8 pr. D. de serv. 8, 1: Ut pomum decerpere liceat et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 4 D. de S. P. R. 8, 3: Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. L. 5 § 1 L. 6 D. eodem: (Neratius) dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit: — veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur vel tegulae ad villam aedificandam; sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, usus fructus erit. L. 28 D. de serv. pr. urb. 8, 2: Omnes autem servitutes perpetuas causas habere debent; et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque inmittendi naturalis et perpetua causa esse debet. L. 5 § 1 D. de serv. praed. rust.: Neratius ait, nec haustum nec pecoris appulsum nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. L. 7 § 1 D. eod.: In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit. — L. 15 § 1 D. de servitut. 8, 1: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Wegen der scheinbaren Abweichung bei der servitus oneris ferendi vgl. l. 6 § 2 D. si serv. 8, 5: Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et aedificia reficiat . . Et Gallus putat non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum cuius res servit. Sed evaluit Servii sententia, in proposita specie ut possit quis defendere, ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda; Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere scribit. L. 26 D. de serv. praed. urb. 8, 2: Nulli res sua servit. L. 1 D. de usu leg. 33, 2: Servitus servitutis esse non potest. cf. L. 33 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3. L. 15 pr. D. de servit. 8, 1: Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas, et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. cf. L. 19 eod.:

Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus potest; quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sint.

Vgl. zu II: L. 1 pr. § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3: Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter actus via aquaeductus. Iter est ius eundi ambulandi homini, non etiam iumenti agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum: itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi: nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est ius aquam ducendi per fundum alienum. — In rusticis computanda sunt: aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae. L. 8 D. eodem: Viae latitudo ex lege XII tabularum in porrectum octo pedes habet, in anfractum, i. e. ubi flexum est, sedecim.

§ 1 J. de serv. II, 3: Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent; . . sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem eius liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat; et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini officiatur.

Ueber ständige und nichtständige Servituten vgl. auch Code Napol. art. 688. Les servitudes continues sont celles, dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme; tels sont les conduites d'eau (vgl. Vangerow S. 704), les égouts, les vues etc. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, de puisages etc. — Eine andere Einteilung im Code Nap. art. 689: Les servitudes apparentes (offene oder augenfällige Dienstbarkeiten) sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes (verborgene Dienstbarkeiten) sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

Vgl. zu III. Gajus II § 31: — in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi . . . ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Schriften: Dernburg, Pand. I §§ 238 ff.; Karlowa, Rechtsgeschichte II, 494—544; Hoffmann, Die Lehre von den Servituten 1838, 1843; Zachariä v. Lingenthal, Ueber die Unterscheidung von servitutes rusticae und urbanae 1844; Vangerow, Pand. I § 339; Elvert, Die röm. Servitutenlehre 1854, 1856; Schönemann, Die Servituten 1866; Pernice, Labeo I, 477, III, 105; Perozzi, Perpetua causa nelle servitú prediali 1893; Lusignani, Le origine delle servitú prediali in dir. roman. 1898; Germano, Trattato della servitú. 2. Aufl. 1902.

Im BGB. vgl. §§ 1018 ff.; Einf.-Ges. Art. 187; Schweizer. Zivilgesetzbuch, Art. 730—744.

§ 66. Die persönlichen Dienstbarkeiten. (Personalservituten.)

I. Das gemeinsame Kennzeichen der persönlichen Servituten ist ihre individuelle Bestimmung, sie sind höchst persönliche

Rechte (jura personalissima); da sie an ein individuell bestimmtes Subjekt geknüpft sind, erlöschen sie mit dessen Tode oder auch mit der capitis diminutio (seit Justinian freilich nicht mehr bei cap. dim. minima). Ihre enge Verknüpfung mit einer bestimmten Person schließt auch die Uebertragbarkeit des Rechts aus; nur die Ausübung des Rechts kann im Zweifel, d. h. soweit nicht wie z. B. beim usus (s. unten) die Natur des verliehenen Rechts auch dies verbietet, einer anderen Person überlassen werden. Der Inhalt einer Personalservitut kann liegen in einem kaum merkbaren Anteil am Gebrauch der Sache (uti), sozusagen einem ganz unbedeutenden Zweige vom umfangreichen Bestande der Eigentumsbefugnisse; er kann aber auch den ganzen Gehalt, den tatsächlichen Genuß des Eigentums aufsaugen, mit Ausnahme jedoch der rechtlichen und tatsächlichen Verfügung über die Substanz des Gegenstandes (uti und uti frui, vgl. S. 259 oben). Das römische Recht kennt daher in der Hauptsache nur zwei Arten der persönlichen Servitut, den usus und ususfructus. Es faßt alle im ersteren Sinne beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zusammen unter dem gemeinsamen Begriffe des usus. Im engeren Sinne versteht es sodann freilich unter usus das Recht, alle Gebrauchseigenschaften der Sache für die persönlichen Bedürfnisse in Anspruch zu nehmen, und es bezeichnet eine unbeschränkte Personalservitut im letzteren Sinne als ususfructus (Nießbrauch).

1. Der Nießbrauch (ususfructus) ist das an eine Person geknüpfte dingliche Recht auf Gebrauch und Fruchtgenuß einer fremden Sache unter Wahrung ihrer Substanz. Der Begriff „Sache" hat hier die wissenschaftliche Bedeutung des Rechtsobjekts (res corporales und incorporales umfassend). Der Nießbrauch ist die einzige Dienstbarkeit, die nicht nur an Grundstücken, sondern zugleich auch an beweglichen Sachen und an Rechten (Forderungen und dinglichen Rechten), somit auch an einem ganzen Vermögen bestellt werden kann. Die dem Nießbraucher zustehende tatsächliche Verfügungsfreiheit findet aber eine Schranke nicht nur daran, daß er die Sache — mit einer später zu erwähnenden Ausnahme im Falle des Nießbrauchs an einem Vermögen — nicht verbrauchen (konsumieren) darf, die Substanz erhalten muß, sondern auch ihre wirtschaftliche Bestimmung verändern darf; er darf sie nur „secundum conditionem rei" benützen und nur solche Früchte aus ihr ziehen, die sie ohne wesentliche Aenderung ihrer bisherigen Bewirtschaftungs-

form hervorbringen kann; beispielsweise darf er ein Reitpferd nicht als Zugpferd benützen, einen Ziergarten nicht in einen Acker verwandeln. Innerhalb dieser Schranken aber darf der Nießbraucher sich den ganzen Ertrag der Sache aneignen, d. h. sowohl die fructus naturales als auch die fructus civiles; er kann die Sache vermieten und verpachten; letzteres verstößt nicht gegen den Grundsatz der Unübertragbarkeit der Personalservitut, da es sich nur um die Ausübung des Rechts handelt. Zur Sicherung des Eigentümers gegen den Mißbrauch dieses umfassenden Rechts an dessen Sache hat der Nießbraucher Kaution zu stellen dafür, daß er die Sache im gehörigen Stande erhalten, die gewöhnlichen Reparaturen und Abgaben leisten und nach Beendigung des Nießbrauchs in ihrem Wesen unverändert zurückliefern werde.[1])

Der Nießbrauch an einem ganzen Vermögen wurde erst durch einen besonderen Staatsbeschluß in der ersten Kaiserzeit geregelt und, da sich in einem solchen regelmäßig auch res consumptibiles und Forderungen befinden, so wurde hinsichtlich dieser ein sogenannter quasi-ususfructus oder uneigentlicher Nießbrauch konstruiert. Der Nießbraucher wird Eigentümer der verzehrbaren Sachen; er darf etwaige Zinsen der Forderung, im Falle der Nachfreiheit auch die Forderung selbst einziehen und hat nach Beendigung des Nießbrauchs den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung gehabt haben bzw. den Kapitalwert der Forderung, soweit er diese eingezogen hat, herauszugeben. Falls ein Nießbrauch zugunsten einer juristischen Person bestellt worden ist, so wird mit Rücksicht auf deren relative „Unsterblichkeit" (quia proprietas inutilis esset futura semper abscedente ususfructu, l. 56 D. h. t. 7, 1) die Dauer des Nießbrauchs auf 100 Jahre beschränkt.

2. Das Gebrauchsrecht (usus): Hier ist der Berechtigte durch seinen persönlichen Bedarf beschränkt; soweit letzterer geht, darf er sich auch die Früchte der Sache aneignen; er darf aber die Ausübung seines Rechts nicht einem anderen überlassen, also die Sache nicht vermieten und verpachten; auch die unentgeltliche Uebertragung der Ausübung ist unzulässig.

3. Der Nießbrauch ist ein teilbares Recht; wenn mehreren Personen der ususfructus an einer Sache bestellt wird, so erhält jede ein-

---

[1]) Diese Kaution kann ihm zwar durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, aber nicht letztwillig erlassen werden. L. 7 Cod. ut in poss. 6, 54. Gemeinrechtlich ist dieses Verbot nicht anerkannt worden.

zelne eine entsprechende Quote der Früchte. Dagegen ist der usus im Rechtssinn unteilbar; wenn mehreren Personen ein Gebrauchsrecht an derselben Sache eingeräumt worden ist, so hat jede derselben einen selbständigen Anspruch auf vollen persönlichen Gebrauch (usus in solidum).

Der usus kann auch beliebig durch Abzug gewisser Gebrauchsarten oder durch Reduktion auf eine einzelne Gebrauchsbefugnis beschränkt werden. Man spricht dann, wenn es sich hierbei um Befugnisse handelt, die auch in Form einer Prädialservitut vorkommen, z. B. um ein persönliches Wegerecht, von irregulären Personalservituten.

Besondere Fälle eines beschränkten usus bildeten im späteren Rechte der Kaiserzeit a) die sog. habitatio, ein vielfach letztwillig eingeräumtes Wohnungsrecht, dessen Ausübung zwar entgeltlich (durch Verkauf, Vermietung), nicht aber unentgeltlich auf einen anderen übertragen werden konnte; b) die operae servi vel animalis, das dingliche auf persönlichen Bedarf beschränkte Recht auf Benützung der Arbeitskraft eines Sklaven oder Tieres.

Aus den Quellen: Vgl. zu 1: pr. J. de usufr. II, 4: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. L. 13 § 4—7 D. h. t. 7, 1: — et si forte voluptuarium fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas, atque amoenas habens: non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum spectat. 5. Inde est quaesitum: an lapidicinas vel cretifodinas vel harenifodinas instituere possit, et ego puto, — si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. L. 15 § 6 u. f., § 7 eod.: Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi, vel domus contineri. 7. Sed nec servitutem imponere fundo, potest proprietarius, nec amittere servitutem. Adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Julianus scripsit. Quibus consequenter, fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest: retinere autem potest, &, si forte fuerint, non utente fructuario, amissae: hoc quoque nomine tenebitur. L. 1 D. de usufr. car. rer. 7, 5: Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit, quo SCo inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur possit ususfructus legari.

Zu 2: L. 2 pr. D. de usu 7, 8: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. L. 12 § 1 D. eod: . . . et lignis ad usum cotidianum et horto et pomis et floribus et aqua usurum (eum cui usus relictus est) non usque ad compendium, sed ad usum, sc. non usque ad abusum . . . hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi, suis sufficiat, sumpturum . . . aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus cui relictum est.

Zu 3: L. 3 Cod. h. t. 3, 32: . . . si cui habitatio . . . constituta sit, neque usus videtur neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus . . . § 5

J. de usu et hab. II, 5: — non solum in ea degere, sed etiam aliis locare. L. 5 D. de op. serv. 7, 7: Operis servi legatis usum datum intelligi.

Schriften: Vgl. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch 1864; Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch 1877; Stammler, Der Nießbrauch an Forderungen 1880; Mansbach, Der Nießbrauch an Forderungen 1880; Bechmann, Ueber den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach röm. Recht 1861.

Aus dem BGB. vgl. §§ 837, 1033 ff.; insbes. 1036 ff. Im Schweizer. Zivilgesetzbuch (Nutznießung) Art. 745 ff., 768 ff., 772, 773 ff.

§ 67. Petitorische und possessorische Rechtsmittel bei Servituten.

1. Die actio confessoria (S. 262 oben) geht gegen jeden, der den Servitutberechtigten in der Ausübung des Rechts tatsächlich stört oder sein Recht bestreitet, auf Anerkennung der Servitut (jus mihi esse), Wiederherstellung des Zustandes vor der Störung, Schadensersatz und Kautionsleistung für Unterlassung künftiger Störungen (cautio de non amplius turbando).

Sie setzt bei Prädialservituten Eigentum des Klägers am herrschenden Grundstück und Nachweis rechtsgültiger Entstehung der Servitut voraus. Als Publiciana (S. 238 f. oben) steht sie auch dem bon. fid. poss. des herrschenden Grundstücks zu, der die Servitut bona fide und ex justa causa vom Nichteigentümer tradiert erhalten hat, gegen den schlechter Berechtigten zu.

2. Zum Schutze des Quasibesitzes der persönlichen und der affirmativen Prädialservituten (S. 265 oben) dienen die gewöhnlichen interdicta retinendae et recuperandae possessionis (S. 255 f. oben). Dagegen waren für Wegeservituten, Wasserleitungsservituten und Wasserschöpfservituten besondere Interdikte mit besonderen Voraussetzungen aufgestellt. Vgl. D. 43, 19: de itinere actuque privato. D. 43, 20: de aqua quotidiana et aestiva. D. 43, 22: de fonte.

§ 68. Emphyteusis und Superficies.

I. Die Emphyteuse ist, wie schon der Name bezeugt, ein mit dinglichen Wirkungen ausgestattetes Pachtverhältnis oströmischen (griechischen) Ursprungs. Kaiserliche, sowohl zum Hausvermögen (res privatae) des Kaisers gehörige Grundstücke als auch fiskalische Güter, Güter der Tempel, Städte und juristischen Personen, aber auch solche, die im Privateigentum einzelner Großgrundbesitzer standen, pflegte man in der Osthälfte des Reichs, ursprünglich wohl zur Urbarmachung, dann aber auch zur Nutzung schon angebauter

Ländereien gegen einen bestimmten, regelmäßig jährlich zu entrichtenden Kanon in Erbzinspacht oder wenigstens zu längerer Zeitpacht zu verleihen. Der Kaiser Zeno entschied den Zweifel der Juristen, ob ein solcher Vertrag als Kauf oder Pacht aufzufassen sei, dahin, daß keines von beiden, sondern ein eigenartiger emphyteutischer Vertrag vorliege, aus dem ein besonderes dingliches Recht, geschützt durch die emphyteuticaria in rem actio für den Pächter (Emphyteuten) entstehe.

Ein ähnliches Erbpachtverhältnis hatte in der weströmischen Hälfte des Reichs schon lange an Gemeinde- und Staatsländereien bestanden; die sogenannten Vectigalpächter bezahlten hier für die ihnen in der Regel in Erbpacht (in perpetuum) gegebenen Ländereien jährliche Abgaben (vectigal, decumae, scriptura) und der Prätor gab ihnen bei richtiger Abführung des vectigal eine dingliche vectigalis actio, selbst gegen den Verpächter, gegen den sie als solchen auch die Klage aus dem Kontrakte hatten; sie wurden juristische Besitzer des Grundstücks, dessen Früchte sie schon mit der Trennung erwarben (S. 210 oben). Im Justinianischen Rechte sind beide Institute verschmolzen.

Der Emphyteuta erlangt das Recht vollständigster Benutzung des Guts, Berechtigung zu allen die Sache betreffenden Klagen an Stelle des Eigentümers; sein Recht ist vererblich und veräußerlich; er kann auch für die Dauer seines Rechts alle anderen jura in re an der Sache begründen. Zugunsten des Eigentümers besteht jedoch ein Recht des Vorkaufs, zwecks dessen Sicherung ihm der Emphyteuta Anzeige des beabsichtigten Verkaufs zu machen hat, ferner ein Anpruch auf $^1/_{50}$ (quinquagesima) des Kaufpreises, ferner auf Absetzung (Privation) des Emphyteuta, wenn dieser während dreier Jahre weder Kanon noch sonstige öffentliche Abgaben entrichtet oder das Vorkaufsrecht und Einwilligungsrecht des Eigentümers bei Veräußerung umgeht.

Das Eigentümliche dieses dinglichen Rechts ist seine Verbindung mit obligatorischen Elementen. Vgl. darüber v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV, 137, 181, 254.

Aus den Quellen: Vgl. l. 2 D. si ag. vect. 6, 3: (Agri civitatum) vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur id est hac lege, ut quamdiu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. §. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit com-

petere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes: — ita tamen, si vectigal solvant.

Gajus III, § 145: Adeo emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio: veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum quae ea lege locantur, ut quamdiu vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.

§ 3 J. de loc. III, 24: — lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam.

Schrifttum: Very, De originibus et natura juris emphyteutici Romanorum, Heidelberg 1838; Mitteis, Zur Geschichte der Erbpacht im Altertum (Abh. der sächs. Gesellschaft der Wiss., phil.-hist. Kl. Bd. 20, 1901); Mommsen, Sav.-Zeitschr. 23, 441; Pirro, Della enfiteusi 1892; Perna, L'enfiteusi nel dir. antico ex moderno, 1892; François, Sur l'emphyteuse, 1883.

II. Superficies (Platzrecht) ist das vererbliche und veräußerliche dingliche Recht, ein Gebäude dauernd auf fremdem Boden zu haben. Es hat sich aus dem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse mietweiser Ueberlassung von loca publica (Marktplätzen usw.) seitens des Staats oder der Gemeinde zur Errichtung von Gebäuden (z. B. Markthallen) entwickelt; seine Anerkennung beruht auf dem Edikte des Prätors. Wenn demnach der Staat, eine Gemeinde oder ein Privateigentümer jemandem gegen Zahlung eines Bodenzinses (solarium) verstattet, auf seinem Grundstück ein Gebäude für längere Zeit zu errichten — bei den Römern geschah dies in der Regel auf 100 Jahre —, so wird nach dem Grundsatze: superficies cedit solo (S. 199, 200 oben) der Berechtigte zwar nicht Eigentümer des Gebäudes, — letzteres wird zur bloßen Akzession des Grundstücks — aber er erhält gleichwohl alle Rechtsmittel des Eigentümers utiliter; er wird auch im Besitze durch ein besonderes interdictum de superficiebus geschützt, das materiell dem interdict. Uti possidetis ganz gleichsteht.

Vgl. l. 1 pr. de sup. 43, 18: Ait praetor: UTI EX LEGE LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONIS SUPERFICIE, QUA DE AGITUR, NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO FRUEMINI, QUOMINUS FRUAMINI, VIM FIERI VETO. SI QUA ALIA ACTIO DE SUPERFICIE POSTULABITUR, CAUSA COGNITA DABO.

Auch bei der superficies tritt dieselbe Kombination des dinglichen und obligatorischen Rechts zutage, wie bei der Emphyteuse, vgl. v. Ihering a. a. O. Im übrigen vgl. Degenkolb, Platzrecht und Miete, 1867; Schmidt, Das Recht der Superficies in Savigny-Zeitschr. Bd. 11 S. 132; Wächter, Progr.

der Leipziger Juristenfakultät, 1868; Covielo, La superficie in arch. giurid. Bd. 49 S. 3; Lucci, das. Bd. 51 S. 251.

Eine gewisse Aehnlichkeit mit dem römischen Rechte der superficies hat das sogenannte Erbbaurecht des BGB. Vgl. BGB. §§ 1012—1017. Im Schweiz. Zivilgesetzb. vgl. Art. 675, 779.

§ 69. Pfandrecht.

Als ein dingliches Recht an einer fremden Sache hätten wir nunmehr noch in diesem Buche nach der gewöhnlichen Systematik der Institutionen- und Pandektenlehrbücher das Pfandrecht zu erörtern. Da dieses jedoch, zumal im römischen Rechte, eine rein akzessorische Beziehung zum Obligationenrecht hat, als Mittel zur Sicherung von Forderungen, so halten wir es für richtiger, es erst am Schlusse des folgenden (V.) Buches zu behandeln. Auch vom entwicklungsgeschichtlichen Standpunkte ist diese Stellung des Pfandrechts richtiger, als die bislang übliche. Denn zweifellos ist ihm die Entwicklung wenigstens der Verkehrsobligation vorausgegangen.

Buch V.

Das Obligationenrecht.
(Recht der Schuldverhältnisse.)

Kapitel I.

Einleitung.

§ 70. Allgemeines; Begriff der Obligation.

I. Das Obligationenrecht unterscheidet sich vom Sachenrecht als eine Unterart des relativen Rechts. Das Sachenrecht hat unmittelbar die Herrschaft über eine Sache zum Inhalt, seine Beziehung zu den Personen ist nur mittelbar und zunächst rein negativ, indem es allen anderen Personen (absolut) eine Störung des durch seinen Inhalt gesicherten Interessenkreises untersagt. Erst die Störung des Sachenrechts erzeugt eine bestimmte Beziehung zu der störenden Person, ein subjektives Recht, einen Anspruch, der alsdann einen obligatorischen Charakter hat.

Das Obligationenrecht geht also im Gegensatz zum Sachenrecht, das nur eine mittelbare (indirekte) Herrschaft über die Menschen einschließt, auf unmittelbare Unterwerfung der Willensfreiheit anderer Personen.

Diese relative Beziehung und unmittelbare persönliche Richtung teilt nun freilich das Obligationenrecht mit dem Familienrecht. Aber vom Familienrecht unterscheidet es sich wiederum durch seine partielle und vorübergehende Bedeutung. Es dient in höherem Grade dem Verkehr, dem flüssigen, beweglichen Leben der Gesellschaft, während die relativen Dauerverhältnisse des Familienrechts (großenteils sogenannte Zustandsrechte, S. 75 f. I, S. 237 oben) ihren Bestand sichern.

Während im übrigen alle sonstigen Rechtsinstitute sich mehr oder weniger auf ein geschlossenes Gebiet begrenzen, innerhalb dessen ihre Darstellung sich erschöpfen läßt, durchdringt die Obligation das gesamte Rechtsgebiet, wie der Sauerstoff die Luft.[1])

---

[1]) Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV S. 183 f.: „Der Gedanke der Verpflichtung beschränkt seine Herrschaft keineswegs auf dasjenige Gebiet, in dem er seinen eigentlichen Sitz hat und seine feste Ausprägung und Verkörperung gefunden hat. — — Es gibt kaum einen der Obligation antagonistischeren Rechtsbegriff, als den der in rem actio, und doch in welchem Maße sind

Eben deshalb bildet das Obligationenrecht auch den lebenskräftigsten Teil des römischen Rechts, und zumal seine allgemeinen Lehren sind fast ohne irgend erhebliche Aenderungen ein Bestandteil aller neueren Privatrechtssysteme, auch des deutschen BGB. geblieben, während das moderne Familien- und Erbrecht, das moderne Sachenrecht mit gutem Grunde überall in sehr bedeutendem Umfange von den positiven Bestimmungen des römischen Rechtes abweicht. Für unsere Aufgabe, für die rein geschichtliche Darstellung des römischen Privatrechts, ergibt sich aber gerade hieraus eine größere Beschränkung und Sparsamkeit in der Darstellung. Es handelt sich hier (vgl. oben S. 3 f.) darum, die geschichtliche Entwicklung des Obligationenrechts in Rom in seinen Grundzügen (für Anfänger) darzustellen. Die eingehende Erörterung des im heutigen Recht noch lebendigen Ergebnisses dieser Entwicklung ist, wie früher dem Pandektenrecht, so nunmehr der dogmatischen Darstellung des bürgerlichen Rechts der Gegenwart vorzubehalten (teilweise auch einer juristischen Prinzipienlehre, vgl. S. 4 oben).

II. Die Römer selbst definieren die Obligation als „juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura" (pr. J. III, 13). In dieser Begriffsbestimmung sind zwei Momente zu unterscheiden: 1. die Obligation ist, wie ihr Name sagt, ob-ligatio, eine Verbindlichkeit, eine Haftung. 2. Diese Haftung besteht für einen bestimmten Zweck, alicujus rei solvendae causa, d. h. für eine Leistung, für das, was geleistet werden soll, die Schuld, durch deren Erfüllung die Verbindlichkeit, die Haftung, das obligatorische Band „gelöst" wird (solvitur).

In der Obligation stehen sich somit stets zwei Personen gegenüber, der Gläubiger und der Schuldner, d. h. derjenige, der etwas bekommen und derjenige, der etwas leisten soll. Den Gegenstand der Obligation oder ihren Inhalt bildet die Schuld: das, was geleistet werden soll. Die Haftung bezeichnet das Einstehen, die rechtliche Belangbarkeit für diese Schuld, für den Fall, daß sie nicht

---

manche in rem actiones des neueren Rechts mit obligatorischen Element versetzt! — — Die Versetzung nicht obligatorischer Verhältnisse mit obligatorischen Elementen steigert sich in eben dem Maße, wie sie selber im Lauf der Zeit sich vervollkommnen — der Grad der Vollkommenheit eines Rechts mißt sich nach seiner Sättigung mit obligatorischem Stoff. Im entwickelten Recht führt der Gedanke der Obligation das Regiment; es gibt keinen Fleck, keinen noch so verborgenen Winkel, wohin diese flüchtige Substanz nicht dränge."

erfüllt wird. Haftung und Schuld stehen im Verhältnis von Mittel und Zweck. Beide Begriffe sind nicht zu verwechseln; man kann z. B. haften, ohne zu schulden, bzw. bevor man schuldet (z. B. der Depositar haftet schon, bevor die Sache von ihm zurückgefordert wird); man kann sogar haften, ohne selber zu schulden (Bürgschaft für fremde Schuld).

Art und Maß der Haftung ist der verschiedensten Abstufung fähig. Das älteste Recht kannte nur die Personalhaftung, ein Einstehen mit dem ganzen rechtlichen Dasein der Person, mit „Gut und Blut" (vgl. Bd. I S. 116 ff., 188 f.). Allmählich wurde diese Personalhaftung auf eine Haftung mit dem Vermögen (Realexekution an Stelle der Personalexekution) beschränkt (vgl. vor allem Bd. I S. 264).

Betont man lediglich die subjektive Seite der Obligation, so läßt sie sich vom Standpunkte des Gläubigers zutreffend als Recht auf eine Handlung definieren, wobei Handlung in dem oben S. 48 dargelegten weitesten juristischen Sinne zu nehmen ist. Seitdem die Haftung zu einer Haftung mit dem Vermögen abgeschwächt worden ist, hat man geglaubt, diese Definition noch dadurch einschränken zu müssen, daß man hinzufügt, die Handlung müsse sich in Geld abschätzen lassen, sie müsse als solche einen „Vermögenswert" haben. Diese früher herrschende Annahme, die zu einer engherzigen vermögensrechtlichen Beschränkung des Obligationenrechts führen würde, entsprach aber keineswegs der römischen Auffassung und ist, wie v. Ihering überzeugend nachgewiesen hat, nur dadurch möglich geworden, daß die Verurteilung im römischen Prozesse stets (auch bei nicht obligatorischen Ansprüchen) auf eine Geldsumme gerichtet war (Bd. I S. 241 f., 254, 331); eine nähere Betrachtung ergibt, daß auch bei den Römern Handlungen (besonders auch Unterlassungen), die an sich keinen Geldwert hatten, den Inhalt eines Schuldvertrages bilden konnten; letzterenfalls wurde die Verurteilung in Geld als Zwangsmittel benutzt.

Allerdings können nicht alle denkbaren menschlichen Handlungen unter den Zwang des Obligationenrechts gebracht werden. Soweit das Obligationenrecht Verkehrsrecht ist, bleibt es auf den Egoismus als Hebel des Verkehrs angewiesen (vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 95 ff.). „Der Zwang zieht das niederste Register beim Menschen, er bezeichnet den tiefsten Punkt der sozialen Mechanik". Zahlreiche Handlungen, die auf höhere Triebfedern angewiesen sind

(Wohlwollen, Freundschaft, Liebe), müssen daher dem Obligationenrecht entzogen bleiben, bilden für dieses gewissermaßen res extra commercium; eine allgemeine Formel läßt sich freilich für diese historisch wandelbare Begrenzung des möglichen Inhalts einer Obligation nicht aufstellen; man kann nur sagen, daß die Obligation zwar kein Geldinteresse, wohl aber ein rechtlich schutzbedürftiges Interesse voraussetzt.

Vgl. noch l. 3 pr. D. de O. et A. 44, 7: Obligationum subtantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Für die Ansicht, es handle sich nur um geldwertige Handlungen, spricht scheinbar l. 9 § 2 D. de statu lib. 40, 7 (Ulpian): Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. Vgl. dagegen v. Ihering, Jahrb. für Dogmatik Bd. 18 S. 43 ff.; l. 14 § 1 D. de serv. corrupto 11, 3; l. 16 § 1 D. quod vi 43, 24; l. 44 D. de manum. 40, 4.

Als Recht auf eine Handlung setzt die Obligation die Möglichkeit ihrer Erzwingung, wenn auch nur durch indirekte Pression (Geldstrafe usw.) voraus. Obligationen, denen das Recht diese Erzwingbarkeit versagt, deren Erfüllung es aber gleichwohl als Erfüllung einer „Verbindlichkeit" im weitesten (sittlichen) Sinne, nicht als Schenkung behandelt, heißen natürliche Verbindlichkeiten (Naturalobligationen). Vgl. beispielsweise S. 105 (4) oben. Von diesen sind die unvollkommenen Zivilobligationen zu unterscheiden, für die nur ein unvollkommenes Zwangsrecht besteht, zu deren Vornahme der Schuldner nicht verurteilt werden kann, die aber dem „Gläubiger" wenigstens eine Einrede z. B. ein Zurückbehaltungsrecht (exceptio retentionis) gewähren, z. B. die Ansprüche wegen gewisser Verwendungen bei der reivindicatio.

§ 71. Aelteste Gestalt des Obligationenrechts. Deliktsobligation und Verkehrsobligation. Uebersicht der Entstehungsgründe.

I. Der Ausdruck „Schuld" bezeichnet ursprünglich und bedeutet noch heute im weitesten Sinne jedes Verhalten, das eine Haftung begründet; in den Vordergrund tritt aber im System der Urzeit seine Bedeutung als subjektiver Tatbestand eines verletzenden (unerlaubten, deliktischen) Verhaltens (culpa). Das älteste Recht kannte nur diese Bedeutung der Schuld und beurteilte das sich daraus ergebende Forderungsrecht der Verletzten aus dem Gesichtspunkte des Privatrechts (Bd. I S. 71, 103). Erst ganz allmählich zweigte sich von dem Deliktsrecht (actiones ex delicto) ein Vertragsrecht ab, das den Bedürfnissen des Verkehrs dienstbar wurde, und so entstand der Hauptgegensatz, der auch jetzt noch das Obligationenrecht beherrscht, der Gegensatz zwischen Verkehrs- und Deliktsobligationenrecht (obligationes ex contractu und ex

delicto). Die klassischen Juristen kannten nur diese Einteilung. Das Kennzeichen der Verkehrsobligation ist im allgemeinen darin zu finden, daß hier die Verpflichtung regelmäßig durch den Willen des Schuldners d. h. durch Rechtsgeschäft, vor allem durch Konsenserklärung (contractus) entsteht, während die Verbindlichkeit (Schuld) bei der Deliktsobligation lediglich auf der Rechtswidrigkeit der Handlung beruht, — die Rechtsfolgen des Delikts treten gegen den Willen des Schuldners ein.

II. Erst die spätere Zeit schuf noch Obligationsgründe, die nicht von dieser Einteilung erschöpft werden, und die byzantinische Jurisprudenz faßte diese dritte Gattung der Obligationen zusammen als obligationes ex variis causarum figuris, und unterschied unter ihnen wiederum, je nachdem sie dem Verkehrsobligationenrecht angehörten und den Vertragsverhältnissen näherstanden oder aber wenigstens objektiv rechtswidrig (deliktsähnlich) erschienen, a) Quasikontraktsobligationen und b) Deliktsobligationen.

Vgl. Gajus III § 88: Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. L. 1 pr. D. de O. et A. 44, 7: Omnes obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. § 2 J. de obl. III, 13: (Obligationum) divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.

Kapitel II.

Die Verkehrsobligationen.

§ 72. Aelteste Formen der Verkehrsobligation. Allmähliche Erweiterung ihres Inhalts.

I. Das älteste obligatorische Rechtsgeschäft ist das bereits in Bd. I S. 116 ff. eingehend dargestellte Formalgeschäft des nexum. (Nexum von nectere = binden = ob-ligatio). Offenbar diente es vornehmlich dem wirtschaftlichen Bedürfnisse des Darlehens; auch der Zweck des Geldlegats mochte vielfach dadurch erzielt werden.

Hierzu trat alsdann die ebenfalls in Bd. I S. 173 f. behandelte ursprünglich religiöse Form der sponsio, und an letztere knüpfte sich dann die Bürgschaft an, die im alten römischen Recht eine ähnliche Bedeutung für das Obligationenrecht beanspruchte, wie im alten deutschen Recht, d. h. der Gläubiger mußte sich in erster Reihe an den Bürgen halten, der die Haftung für die Schuld übernommen hatte. (Dem Gläubiger haftete im älteren germanischen

Rechte nicht der Schuldner, sondern der Bürge auf Grund einer Wette, Wadium, vgl. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte S. 192). Die Bürgschaft kommt im älteren Zivilrecht in dreifacher Gestalt vor: a) als öffentliche Bürgschaft publizistischen Charakters (praes, praedis obligatio, praedibus praediisque cavere, praedes dare); b) als Bürgschaft im Prozesse (vades, vadimonium); c) als rein privatrechtliche Bürgschaft (sponsores, fidejussores).

II. Der Inhalt der ältesten römischen Obligation konnte nur auf ein dare, d. h. auf Eigentumsübertragung gerichtet sein, ursprünglich wohl nur auf Geld, später auch auf Geldeswert. Das älteste Geldgeschäft, der Eigenwechsel des römischen Rechts war eben das nexum mit seiner strengen Personalexekution. Frühzeitig aber wird dann auch das mutuum genannt, d. h. das formlose Darlehen von Geld oder anderen vertretbaren Sachen, wie z. B. Getreide, Saatkorn. Diese Erweiterung des Gegenstandes der Obligation auf fungible Sachen, hervorgerufen durch ein in der bäuerlichen Wirtschaft der alten Zeit häufiges wirtschaftliches Bedürfnis, tritt mit der sogenannten condictio triticaria zutage. Das mutuum war ein formloses und ohne Zuziehung von Zeugen zustande gekommenes Rechtsgeschäft; es stand daher ursprünglich nur unter dem Schutze der Heiligkeit des Eides; der Eid wurde, wie im altgermanischen Recht nicht auf die Tatsache der Hingabe des Darlehens, sondern auf die Verpflichtung zur Rückgabe, auf dare oportere gestellt.

Neben Geld und Fungibilien traten dann zunächst infolge der durch Manzipation vermittelten Tausch- und Kaufverträge auch individuell bestimmte Sachen in den Rahmen der Obligation ein. Es geschah bei den sogenannten res mancipi (S. 212 f. oben) durch die actio auctoritatis, derzufolge der Verkäufer dem Käufer im Falle der Entwehrung (Eviktion) das Doppelte des Wertes zu leisten hatte; bei Veräußerung von anderen Sachen wurde die Stipulation (stipulatio dupli) das Mittel, diese Ansprüche (das Interesse an der Erfüllung der dicta promissa) zu sichern. Es ist ein besonderes Verdienst v. Iherings,[1]) diese sehr allmähliche Entwicklung eines obligatorischen Vertragsrecht in einer Zeit, wo die bindende Kraft der Verträge den meisten als selbstverständliches Dogma erscheint,

---

[1]) Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 265 ff. (Entwicklungsgeschichte der römischen Obligation).

klargestellt zu haben. Der alten Zeit war die Idee der bindenden Kraft des Versprechens — ohne besondere formale Formen — völlig fremd; die rechtliche Erzwingbarkeit des Versprechens, d. h. die Klage (actio) war dadurch bedingt, daß der Gläubiger dem Schuldner etwas geleistet, gegeben hat. Schuldner (debitor) ist derjenige, welcher von dem anderen etwas hat (de — habere = debere); Gläubiger (cre-ditor) derjenige, welcher etwas gegeben hat (duere = dare, cre-duere, cre-ditor), Schuld das dem Schuldner gegebene Geld (aes alienum). Auch das älteste obligatorische Geschäft, das nexum, setzte diese materialistische Auffassung voraus, hielt formell daran fest, obwohl es sich in Wirklichkeit daran frei machte, indem es die ursprüngliche effektive Zahlung (das Zuwägen, I S. 170) in einen bloßen Scheinakt verwandelte.

Zur Eigentumsübertragung gesellten sich mit der Zeit Verpflichtungen aus vorübergehender Uebertragung der Sache, sei es für Geld (Miete, Pacht), sei es unentgeltlich (commodatum, precarium). Erst gegen Ende der Republik scheinen hierauf gerichtete Verträge klagbar geworden zu sein. Die Klage ging aber nicht unmittelbar auf Rückleistung, sondern verschaffte dem Kläger nur indirekt im Wege der Geldkondemnation (arbitrium, jussus restituendi, I S. 241) den hierzu erforderlichen kompulsiven Zwang.

Obligationen auf ein reines Handeln (facere) waren in der ältesten Zeit unbekannt. Das Bedürfnis nach fremden Dienstleistungen wurde noch überwiegend durch die Sklaven (familia) befriedigt. Erst allmählich wird auch die Arbeitskraft freier Personen ein rechtliches Verkehrsobjekt, zunächst aber nur, soweit es sich um Dienste niederer Art handeln, die regelmäßig noch von Sklaven besorgt werden; locatio, conductio operarum, die sich auf sogenannte operae illiberales beschränkte; es handelte sich um Arbeiten freier Handwerker und Taglöhner, die großenteils aus Freigelassenen bestanden. Wahrscheinlich bildete ursprünglich auch hier die Stipulation das Mittel, um sie in das Rechtsgebiet hereinzuziehen. (Versprechen einer Vertragsstrafe, nisi feceris, X. dare spondes?). Diejenigen Dienstleistungen, deren Ausübung als ars liberalis galt, Dienste höherer Art waren nach der aristokratischen Auffassung des republikanischen Roms noch sozusagen extra commercium; sie standen nicht unter dem Lohnprinzip, ebenso wie der (höhere) Staatsdienst. Man ehrte denjenigen, der solche Dienste, wie z. B. ärztliche, anwaltliche Tätigkeit leistete, wohl durch ein „Honorar“, eine Vergütung (remuneratio),

aber man „bezahlte“ sie nicht. Erst der Prätor hat im Anfange der Kaiserzeit im Wege des Extraordinarverfahrens (I S. 316) auch derartige höhere Dienstleistungen in das Obligationenrecht hineingezogen.

Aus den Quellen: Vgl. zu I. Varro, de l. lat. VI, 74: „Praes“, qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praestet [praes siet?], <a quo et> quom respondet, dicit: „praes“. Ib. V, 40: „Praedia“ dicta, item ut „praedes“ a praestando, quod ea pignore data publice mancupis fidem praestent. Lex mun. Malac. c. 63: Quasque locationes fecerit (sc. IIvir) quasque leges dixerit, . . et qui praedes accepti sint quaeque praedia subdita subsignata obligatave sint quique praediorum cognitores accepti sint, in tabulas communes municipum eius municipi referantur facito et proposita babeto, ita ut d. pl. r. l. p. C. 64: Quicumque . . in commune municipum eius municipi praedes facti sunt erunt quaeque praedia accepta sunt erunt, . . . ii omnes et quae cuiusque eorum tum fuerunt erunt, cum praes factus est erit, quaeque postea esse, cum ii obligati esse coeperunt coeperint . ., item obligati obligataque sunto uti ii eave p. r. obligati obligatave essent, si aput eos qui Romae aerario praeessent ii praedes facti eaque praedia subdita subsignata obligatave essent. Eosque praedes eaque praedia . ., qui quaeve soluti liberati soluti liberataque non sunt non erunt, . . IIviris . . vendere legemque his vendundis dicere ius potestasque esto: dum eam legem is rebus vendundis dicant, quam legem eos, qui Romae aerario praeerunt, e lege praediatoria praedibus praedisque vendundis dicere oporteret: aut si emptorem non inveniet, quam legem in vacuom vendendis dicere oporteret: et dum ita legem dicant uti pecunia in publicum municipi referatur. c. 65: Quos praedes quaeque praedia IIviri hac lege vendiderint, de iis quicumque i. d. p. ita ius dicito iudiciaque dato, ut ei qui eos praedes ea praedia mercati erunt . . de is rebus agere easque res petere persequi recte possint. Sponsio, vgl. Gajus III, §§ 115—117: Pro eo quoque qui promittit solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus. §. Sponsor ita interrogatur: idem dari spondes? fidepromissor: idem fidepromittis? fideiussor: idem fide tua esse iubes? — §. Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit.

Zu II: vgl. l. 1 pr. D. si mensor 11, 6: — — non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei ad remunderandum dari et inde honorarium appellari.

L. 1 pr. D. de variis et extraord. cogn. 50, 13: Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant: rhetores, grammatici, geometrae. — Medicorum quoque eadem causa est, quae professorum, nisi quod justior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem jus dici debet.

Im übrigen vgl. v. Ihering, Zweck im Recht I S. 194 ff.

§ 73. Gegensatz der stricti juris obligatio und der obligatio bonae fidei.

Der wichtigste Fortschritt, den die Entwicklung der Obligation in Rom unter dem Einflusse der prätorischen Rechtspflege

machen sollte, ist der von der obligatio strictijuris zur obligatio bonae fidei.

1. Die sämtlichen Obligationen des älteren Zivilrechts waren Schuldverhältnisse strengen Rechts, obl. stricti juris. Dies bedeutet: a) Sie waren streng einseitige Verhältnisse in dem Sinne, daß die Gläubiger- und Schuldnerrolle zwischen den Beteiligten klar geschieden war; die eine Person war ausschließlicher Gläubiger, die andere ausschließlich Schuldner; der Gläubiger wurde aus demselben Schuldverhältnisse nicht verpflichtet; — wenn beide Teile sich gegenseitig (reziprok) verpflichten wollten, so konnte dies nur so geschehen, daß das wirtschaftliche Verhältnis in zwei oder mehrere einseitige Schuldverhältnisse zerlegt (aufgelöst) wurde, z. B. ein Kaufgeschäft in eine stipulatio venditi einerseits, eine stip. empti andrerseits. Nur unter Zuhilfenahme der Bedingung konnte man solchen Stipulationen die Bedeutung der Gegenseitigkeit, der wechselseitig abhängigen Verpflichtung verschaffen. (Beisp.: spondes X. dare, si ego tibi equum dederim, beim Kauf eines Pferdes). b) Alle Obligationen des älteren Rechts, mit Ausnahme des mutuum (S. 283 oben) sind formelle Rechtsgeschäfte, — die Form erst erzeugte die rechtliche Verbindlichkeit, und sie erzeugte sie allein, ohne Rücksicht auf den materiellen Zweck (causa): sie sind insofern auch abstrakte Geschäfte, d. h. unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Motiv. c) Alle obl. stricti unterliegen der strengen Wortinterpretation (Bd. I S. 201), der rein grammatischen, buchstäblichen Auslegung.

2. Die sogenannten contractus bonae fidei genossen ursprünglich keinen Rechtsschutz und ihre Erfüllung war lange Zeit lediglich auf „Treu und Glauben" angewiesen. Erst im Peregrinenverkehr (jus gentium) wurden sie von praetor peregrinus als klagbar behandelt. Die Praxis des praetor peregrinus wirkte dann — anscheinend erst in den letzten beiden Jahrhunderten der Republik — auf die des praetor urbanus zurück, der doch zumal zunächst im Rechtsstreite eines Bürgers mit einem Fremden ersteren nicht strenger behandeln konnte, als letzteren. a) Die nunmehr sogenannten bonae fidei-Kontrakte oder freien Schuldverträge sind entweder notwendig zweiseitig, so daß sie schon ihrem Begriffe nach zweiseitige (wechselseitige) Verbindlichkeiten erzeugen, sogenannte wesentlich zweiseitige Gegenseitigkeitsverträge (z. B. der Kauf, die Miete, der Gesellschaftsvertrag), oder nur zufällig zweiseitig, d. h. sie verpflichten

zunächst nur den Schuldner (einseitig) zu einer Leistung, so jedoch, daß unter Umständen auch der Gläubiger aus dem Vertrage verpflichtet werden kann. (Beisp.: Beim Depositum entsteht zunächst und regelmäßig nur ein Anspruch des Deponenten [Hinterlegers] auf Rückgabe der hinterlegten Sache; durch besonderes Verschulden des Hinterlegers, der etwa die mit der Hinterlegung verbundene Gefahr verschweigt, kann jedoch ein Gegenanspruch des Depositars [Verwahrers] entstehen, die sogenannte a° depositi contraria. Hierher gehört auch der Auftrag [Mandat], das Leihgeschäft [commodatum]. b) Diese freien Verträge sind formlos und c) sie unterliegen der logischen, sinngemäßen Auslegung mit Berücksichtigung von Treu und Glauben und Verkehrssitten.

3. Schließlich wirkte dieser Fortschritt auch auf die Behandlung der Obligationen des Zivilrechts zurück. Der Gegensatz zwischen obligationes stricti juris und obligationes bonae fidei schwächte sich in der Zeit der klassischen Juristen immer mehr ab; das nexum kam nicht mehr vor; gegenüber Klagen aus einer Stipulation wurden Gegenansprüche durch Vermittlung der exceptio doli generalis möglich (z. B. exceptio non numeratae pecuniae). (Clausula doli; bei obligationes stricti juris mußte die exceptio ausdrücklich eingeräumt werden; bei b. f. Geschäften galt der Grundsatz ihrer stillschweigenden Voraussetzung; exc. doli b. f. negotiis inest, vgl. Bd. I S. 245).

§ 74. Uebertragbarkeit des obligatorischen Anspruchs (Zession), Schuldübernahme.

I. Nach altrömischer Auffassung war die Obligation ein streng persönliches, daher unübertragbares Verhältnis; gewissermaßen eine rechtliche Eigenschaft der Person. Nur auf dem Umwege der Novation, d. h. der völligen Umgestaltung des Rechtsverhältnisses unter Vernichtung des alten Schuldverhältnisses und Begründung eines neuen mit demselben gegenständlichen Zweck ließ sich die Uebertragung einer Forderung erreichen (Delegatio). Vgl. unten S. 87.

Das spätere römische Recht gelangte zur Uebertragung einer Forderung ohne Mitwirkung des Schuldners erst allmählich unter Benützung der prozessualen Stellvertretung. Der Gläubiger konnte denjenigen, dem er die Forderung übertragen wollte, zum cognitor oder procurator ernennen (vgl. Bd. I S. 226 f.) mit der Ermächtigung, die eingeklagte Summe für sich zu behalten. Man nannte dies actiones mandare, actionibus cedere. Der Stellvertreter, der jetzt

procurator in rem suam hieß, mußte im Formularprozeß die intentio auf den Namen des Gläubigers stellen, die condemnatio aber erfolgte auf seinen eigenen Namen (vgl. Bd. I S. 236 ff.). Da ein Auftrag jederzeit widerruflich ist, so gab diese Zession zunächst dem „Zessionar" (d. h. dem Dritten, welchem die Forderung übertragen werden soll) noch keine unbedingte Gewährschaft. Erst mit wirklicher Anstellung der Klage wurde er als dominus litis durch die mit der älteren Streitbefestigung (litis contestatio) verbundene „Novation" (vgl. darüber Bd. I S. 252 f., 328 f.) Gläubiger des Schuldners (aus dem formell durch die Streitbefestigung nach Aufhebung [Konsumtion] des alten Schuldverhältnisses neubegründetem Anspruch.)

Später legte man einer Anzeige (denuntiatio) des Zessionars an den Schuldner, ihm sei zediert, die Wirkung bei, das Mandat unwiderruflich zu machen, und erst seitdem bildete die durch solche denuntiatio perfekt gewordene Zession eine wahre Uebertragung der Forderung. In einigen Fällen wurde diese denuntiatio überdies dem Zessionar im neueren Rechte erspart, nämlich dann, wenn er einen Rechtsanspruch auf die Zession erlangt hatte, z. B. wenn ihm die Forderung im Testament vermacht worden war (S. 130, 165 oben). Man gab in solchen Fällen dem Zessionar von vornherein eine actio utilis gegen den Schuldner. — Diese neuere Entwicklung bezeichnet einen sehr bemerkenswerten Fortschritt des geschäftlichen Verkehrs; die Forderungen wurden jetzt erst in wahrem Sinne des Worts „res incorporales" und „zirkulationsfähige Werte". — Das Zessionsgeschäft in dieser entwickelten Gestalt war ein sogenanntes abstraktes Rechtsgeschäft, d. h. sie war unabhängig von ihrer causa, die regelmäßig ein obligatorisches Veräußerungsgeschäft bildete; wenn freilich die causa ein Kaufgeschäft war, so verbot eine lex Anastiana dem Zessionar, mehr beizutreiben, als er selbst für die Forderung bezahlt hatte (sogenannte Valuta). Auch die Zession an eine einflußreichere Person (in potentiorem) ward verboten, wenn sie in der Absicht geschah, den Schuldner durch Verschiebung des mächtigeren Gegners in eine nachteiligere Lage zu versetzen.

Ueberhaupt soll die Lage des Schuldners durch die Zession nicht nachteiliger gestaltet werden; der Schuldner behält seine Einreden gegen den ersten Gläubiger (Zedenten) auch gegen den Zessionar, vorausgesetzt, daß sie gegen den Zedenten als Gläubiger gerichtet sind und schon vor dem Zeitpunkt, wo

der Schuldner in ein ausschließliches Verhältnis zum Zessionar trat, begründet waren.

Begrifflich ausgeschlossen ist die Zession auch jetzt noch bei allen Schuldverhältnissen, bei denen die Leistung an einen anderen Gläubiger auch einen anderen Inhalt haben würde, z. B. bei Dienstverträgen.

Quellen: Vgl. Gajus IV, 83, 84: L. 4 § 5 D. de app. 49, 1: Meminisse oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur. L. 3 Cod. de nov. 8, 41: Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

L. 18 Cod. de legat. 6, 37: Ex legato nominis actionibus ab his qui successerunt non mandatis directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur. — L. 13 § 25 D. de a. e. v. 19, 1: Si procurator vendiderit . . . dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere.

Lex Anastasiana: Vgl. l. 22 C. mand. (4, 35): Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere, cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, iura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem iubemus, in posterum huiusmodi conamen inhiberi, nec enim dubium est, redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt: ita tamen, ut si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit; exceptis scilicet cessionibus quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contigit, et his quascunque vel creditor, vel is qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his quas inter legatarios seu fideicommissarios quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente redemtor, sicuti superius declaratum est, magis exsistit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes, huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda, ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam immutatione obtineant.

Im Mittelalter trat hierzu das reichsgesetzliche Verbot der Zession jüdischer Forderungen an Christen. (RPO. 1577). — Das BGB. fordert keine denuntiatio, hat überhaupt den Rechtsschutz des Schuldners erheblich abgeschwächt. BGB. §§ 406—410.

Schriften: Vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV S. 251 f. Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession (3. Aufl.) 1836. Schliemann, Die Haftung des Zedenten. 2. Aufl. 1850. Schmid, Grundlehren der Zession, 1863 ff. Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession, 1857. Eisele, Die actio

utilis des Zessionars, 1887. Regelsberger, Arch. für zivilist. Praxis Bd. 63 S. 161 ff. Karlowa, Rechtsgeschichte II S. 1358 ff. Saleilles, De la cession des dettes 1890.

II. Schuldübernahme. Die Zession in ihrer am Abschluß der Entwicklung erlangten Bedeutung ist eine Sondernachfolge (Singularsukzession) in die aktive Seite des Schuldverhältnisses (in die Gläubigerstellung). Ihr Gegenteil würde die Sondernachfolge in die passive Seite, in das Schuldnerverhältnis sein, Schuldübernahme. Die Unwirksamkeit einer solchen Schuldübernahme durch einen Vertrag des Schuldners mit einem Dritten ohne Zustimmung des Gläubigers (privative Schuldübernahme) liegt auf der Hand; unmöglich kann sich der Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers von seiner Haftung lösen. Mit privativer (befreiender) Wirkung konnte eine solche Sondernachfolge in die Schuld im römischen Recht nur durch Novation (passive Delegation) erreicht werden. Erst das gemeine Recht hat eine derartige befreiende Schuldübernahme auch ohne Novation anerkannt, selbstverständlich nur mit Zustimmung des Gläubigers, die aber auch nachträglich als Genehmigung eines zunächst zwischen dem Urschuldner und dem Neuschuldner geschlossenen Uebernahmevertrags erfolgen kann.

Anders verhält es sich mit einer nicht befreienden (kumulativen) Schuldübernahme. Sie war im römischen Recht möglich durch eine akzessorische Stipulation des neueintretenden Schuldners. Solange der neue Schuldner sich nur dem Urschuldner gegenüber verpflichtet hatte, die Schuld zu begleichen, war dies für den Gläubiger eine „res inter alios acta, quae tertiis nec nocet nec prodest".

In einigen Fällen verlieh jedoch das spätere auch aus solchen Verträgen dem Gläubiger eine Klage (a° utilis) gegen den Uebernehmer (neben dem Urschuldner), so z. B. dem Erbschaftsgläubiger gegen den Käufer einer Erbschaft.

Quellen: L. 2 Cod. de pactio 2, 3: Post conditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare poteris, eosque spontanea voluntate suscepisse: exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis. Vgl. auch l. 14 D. de transact. 2, 15: — — utilibus actionibus conveniendus est.

Jetzt vgl. BGB. §§ 414—419. — Schriften: Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden, 1853. Bähr, Jahrb. Bd. 6 S. 170 ff. Arch. für ziv. Praxis, Bd. 47 S. 186 ff. v. Blum, Novation, Delegation, Schuldübernahme, 1895. Eck, Jahrb. Bd. 35 S. 294. Kipp, das. Bd. 36 S. 336.

Kapitel III.

Kontraktsobligationen.

§ 75. **Im allgemeinen.**

Vertrag ist im weitesten Sinne jede autonome Gestaltung von subjektiven Rechten durch Willensübereinstimmung, eine Willensübereinstimmung zweier Parteien über Begründung, Umgestaltung (Modifikation) oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Das Gebiet des Vertrags (pactum, conventum) reicht soweit, wie das Rechtsgebiet überhaupt. Im römischen Rechte konnte man jedoch, da Erbverträge als unsittlich galten (S. 132 oben) letztwillig nur einseitig verfügen; Verträge über letztwillige Verfügungen waren nichtig. Umgekehrt galt für den Verkehr unter Lebenden der Grundsatz, daß ein einseitiges Versprechen (ohne Annahme des Versprechensempfängers, die es zum Vertrag stempelt) keine verpflichtende Wirkung hatte. Von diesem Grundsatze galten nur zwei Ausnahmen:

1. die pollicitatio d. h. das einseitige Versprechen zugunsten einer Stadtgemeinde, wenn es aus einem gerechtfertigten Grunde (ob justam causam) gegeben war oder schon ein Anfang der Ausführung (opus coeptum) vorlag.
2. Das votum (Gelübde) zugunsten der Götter bzw. eines frommen Zweckes.

Während aber im modernen Rechte der Grundsatz gilt, daß alle Verträge, soweit sie nicht gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, oder ausdrücklich an eine gesetzliche Form geknüpft sind, bindend sind (pacta sunt servanda), erklärte das römische Obligationenrecht den Vertrag als solchen, des bloßen pactum, noch nicht für klagbar. Klagbar war nicht jeder Vertrag (pactum) als solcher, sondern nur ein Kontrakt, und um eine obligatorische Konsenserklärung zum Kontrakt zu stempeln, mußte stets ein besonderes Moment, eine sogenannte causa civilis hinzutreten, d. h. entweder eine solenne Form des Abschlusses (Formalverträge) oder aber eine zuvorige Leistung (re contrahitur, re obligatur, vgl. S. 284 oben). Man unterschied hiernach zwischen formellen Verträgen und klagbaren formlosen Verträgen (Realkontraktion). Nur ausnahmsweise bei besonders gestaltetem Inhalt genügte die bloße Willensübereinstimmung

(Konsensualkontrakte). Die formellen Verträge sind entweder mündliche (Verbalkontrakte) oder schriftliche (Literalkontrakte).

Quellen: Vgl. L. 1 § 1 D. de poll. 50, 12: Non semper autem obligari eum, qui pollicitur est, sciendum est. si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum vel ob aliam justam causam, tenebitur ex pollicitatione. — § 2: Item si sine causa promiserit, coeperit tamen facere, obligatus est, qui coepit. — Vgl. dazu Mommsen, Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 25 S. 41—43. — L. 2 eod.: Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. quae res personam obligat voventis, non rem, quae vovetur. res enim, quae vovetur, soluta quidem liberat vota, ipsa vero sacra non efficitur.

Im gemeinen Recht ist zu diesen einseitigen Verpflichtungen noch die sogenannte Auslobung, ein öffentlich bekannt gemachtes Versprechen hinzugetreten. Vgl. BGB. §§ 657 ff.

§ 76. Die Verbalkontrakte. Die Stipulation.

Unter den formellen Kontrakten nahmen im römischen Recht der klassischen Zeit diejenigen die größte Bedeutung in Anspruch, deren Form eine bloß mündliche war und im Gebrauch bestimmter Wortformeln bestand. Dem modernen Rechte sind solche mündliche Formalgeschäfte, wenn man etwa von vorgeschriebenen Eidesformeln usw. absieht, fast unbekannt; heutzutage sind die meisten formellen Rechtsgeschäfte an die Schriftform geknüpft. Zumal seitdem das älteste obligatorische Rechtsgeschäft, das nexum, aus der Gewohnheit gekommen war, bildete in Rom die Stipulation den das ganze Obligationenrecht beherrschenden Verbalkontrakt. Das Wort bedeutet augenscheinlich soviel, wie Bekräftigung, Befestigung (verwandt mit stipes, stipus = fest [steif], stipare = zusammendrängen). Die Stipulation bestand aus der vorausgehenden Frage des Gläubigers, ob Schuldner die näher bezeichnete Verpflichtung übernehme und der sofortigen entsprechenden Antwort. Das römische Recht kannte zwei Formen der Stipulation: die des jus civile war an den Gebrauch der Worte: spondes? spondeo gebunden und auf römische Bürger beschränkt, die freiere des jus gentium konnte mit beliebigen Worten und in jeder Sprache abgeschlossen werden (dabis, facias, promittis? usw.); letztere war auch unter Römern anwendbar. Vorausgesetzt war Gegenwart der Parteien (Bd. I S. 109). Frage und Antwort mußten sich genau decken; lautete die Antwort anders, als gefragt, sei es auf mehr oder weniger, so war die Stipulation verfehlt; auch eine Umkehr der Reihenfolge, ein vorausgehendes Versprechen von der einen und dessen Annahme von der anderen

Seite begründete keine Stipulation. Die ganz außerordentliche Sicherheit, welche der Gebrauch einer solchen mündlichen Form in den Rechtsverkehr brachte, ist von v. Ihering (Geist des römischen Rechts III S. 556ff.) und schon früher von Christiansen, (Institutionen S. 308—310) lichtvoll veranschaulicht. Kaum irgendwo tritt der von v. Ihering dem römischen Formensinn mit Recht nachgerühmte Parallelismus der Formen und Begriffe deutlicher zutage, als in dieser auf Schärfung des rechtlichen Gewissens beim Abschluß von Verträgen wohl berechneten Kunstschöpfung des juristischen Instinkts. Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV S. 485. Die Stipulation war doppelt wichtig im römischen Rechtsverkehr bei der beschränkten Anzahl sonstiger vorhandener Obligationsformen; sie war zweifellos lange Zeit das gangbarste Rechtsgeschäft, da ja die meisten sonstigen Verträge nicht klagbar waren (S. 286 oben). Den hohen Grad ihrer Brauchbarkeit verdankte die Stipulation zum wesentlichen Teil der Zulässigkeit der Bedingung. „Mittelst der Bedingung war es möglich, indirekt alle denkbaren Gegenstände, Leistungen usw. in den Bereich der Obligation zu ziehen und damit der Stipulation die weiteste Ausdehnung zu geben. Die einfache Formel war: versprichst du die und die Summe, wenn du dies und das getan oder nicht getan hast? Die Handlung oder Unterlassung, auf die es abgesehen war, bildete hier nicht den Gegenstand der Obligation selber, sondern nur die Bedingung (in conditione positum); aber die für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung versprochene Strafe (Konventionalstrafe) gewährte, wenn nur der Betrag der Strafe hoch genug gegriffen war, einen ebenso wirksamen, ja regelmäßig viel wirksameren Schutz, als es der direkte gewesen wäre. Unter dieser weiten Kategorie des in conditione positum fanden alle und jede Handlungen und Unterlassungen Platz, mochten sie direkt klagbar sein oder nicht, ein Interesse haben oder nicht; die einzige Grenze bestand in der conditio turpis: Verträge, die etwas Gesetzwidriges oder Unmoralisches bezweckten, waren unwirksam. In unserem heutigen Recht, in dem alle erlaubten Verträge klagbar d. h. direkt erzwingbar sind, ist der Wert dieser indirekten Erzwingung erheblich verringert, im altrömischen Recht dagegen, wo zwischen dem Klagbaren und dem Unerlaubten die große Menge der zwar erlaubten, aber nicht direkt erzwingbaren Leistungen in der Mitte lag, wo Obligationen auf ein bloßes Tun als solches (d. h. insofern es nicht eine Sache, ein Geben

zum Gegenstand hatte), noch keine Anerkennung gefunden hatten, war der Wert dieses Mittels ein unschätzbarer" (v. Ihering, Geist des römischen Rechts, a. a. O. S. 560).

Aber auch in späterer Zeit erschien die Stipulation als gebräuchlichstes Mittel, um klaglose pacta in klagbare Kontrakte zu verwandeln.

Daneben diente sie bei schon klagbaren Kontrakten vorzüglich dem Zwecke der Novation, sei es z. B. um aus einem zweiseitigen Verhältnisse eine praktisch brauchbarere einseitige Obligation zu begründen, sei es um mehrere Obligationen in eine einzige zusammenzuziehen (Abrechnung), sei es um eine bonae fidei-Obligation in eine solche stricti juris umzuwandeln oder umgekehrt. (Vgl. u. a. die stip. Aquiliana, Bd. I S. 200).

Novation: Vgl. Gajus II § 38: Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (sc traditionem, mancipationem, in iure cessionem) recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. Quae dicitur novatio obligationis.

Besonders geschickt war die Anwendung der Stipulatio im Prozeß. Vgl. Bd. I S. 257, 258 (250). Während nach modernem Prozeßrecht der Richter den Parteien unmittelbar gewisse Pflichten auferlegen kann, konnte der römische Richter in Wahrung des Freiheitsprinzips nur mittelbar durch Veranlassung gewisser Stipulationen auf den Gang des Rechtsstreits Einfluß gewinnen. Die Partei wurde indirekt genötigt, die Verpflichtung selbst auf sich zu nehmen. Es gab folgende Hauptarten derartiger Prozeßstipulationen: a) Das Versprechen einer prozessualen Vertragsstrafe, sponsio poenalis, z. B. als Strafe für schikanöses Leugnen. b) Die sogenannte sponsio praejudicialis, eine prozessuale Wette. — Das Anerbieten solcher Sponsionen brauchte zwar nicht angenommen zu werden, enthielt aber doch eine Art von moralischer Nötigung; wer es ablehnte, enthüllte sich als schikanöser Prozeßführer. c) Die sponsio cautionalis, z. B. die cautio judicio sisti (Bd. I S. 248). Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III, § 56 S. 250 f. Aus den Quellen vgl. l. 1 § 2 D. de stipulationibus praetoris 46, 8; § 1 J. de divisione stipulationum III, 18.

§ 77. Mehrheit von Stipulationen. Korrealobligation und Bürgschaft. Interzession.

1. In der einfachen Obligation steht nur ein Gläubiger (creditor) einem Schuldner (debitor) gegenüber. Es können aber in einer Obligation auch auf einer Seite oder auf beiden Seiten mehrere Subjekte beteiligt sein, insbesondere kann bei vertragsmäßiger Begründung der Obligation von vornherein eine Schuld von mehreren

Personen oder umgekehrt eine Schuld mehreren Personen gegenüber übernommen werden. Regelmäßig haften dann die mehreren Schuldner nur auf den durch ihre Anzahl sich ergebenden Teil der Leistung bzw. haben die mehreren Gläubiger nur den ihrer Anzahl entsprechenden Teil der Leistung zu fordern. Man bezeichnet eine solche Obligation als Partialobligation. Auch eine ursprünglich einfache Obligation kann sich durch Erbgang in eine Partialobligation umwandeln, sei es auf der Gläubigerseite oder auf der Schuldnerseite. Denn im römischen Erbrecht gilt der Grundsatz: nomina sunt ipso jure divisa.

Bei der Partialobligation haftet jeder der mehreren Schuldner nur für seinen Anteil, jeder der mehreren Gläubiger hat nur seinen Anteil zu fordern, und dieser Anteil besteht, wenn nichts besonderes darüber bestimmt ist, eben in dem durch die Zahl der Gläubiger bzw. Schuldner als Nenner gegebenen Bruch der ganzen Leistung.

2. Allein diese regelmäßige (präsumtive) Gestalt des Schuldverhältnisses kann ausgeschlossen sein: a) durch die Natur des Objekts (des Inhalts der Leistung). Wenn das Objekt (der Inhalt der Leistung) unteilbar ist, z. B. wenn die Bestellung einer Servitut, wenn eine sonst unteilbare, etwa auf einen bestimmten Erfolg gerichtete Leistung (z. B. die Herstellung eines Werks, der Transport von Waren) in Frage steht, so haften die mehreren Schuldner jeder für den ganzen Erfolg (in solidum), die mehreren Gläubiger können jeder in solidum klagen. Man bezeichnete eine solche Obligation als Solidarobligation.

b) Die Teilbarkeit kann auch durch den Willen der Kontrahenten ausgeschlossen sein; eine Solidarobligation kann auch bei einer Obligation, deren Gegenstand an sich teilbar ist, die beispielsweise auf eine Geldsumme gerichtet ist, vertragsmäßig begründet werden. Beispiel: Drei Schuldner, A, B, C wollen sich dem Gläubiger D gegenüber jeder für die ganze Summe, die jedoch nur einmal zu zahlen ist, verpflichten; drei Gläubiger A, B, C wollen einen Anspruch auf die ganze Schuldsumme, die jedoch nur einmal zu zahlen ist, geltend machen können. — In diesem Falle ist es der Zweck der Obligation, der sie zu einem einheitlichen Schuldverhältnis stempelt (una obligatio). Stehen mehrere, z. B. 3 Personen auf der Schuldnerseite, A, B, C als Schuldner, so hat der Gläubiger D die Wahl, ob er von A oder von B oder von C das Ganze oder von jedem einen beliebigen Teil beitreiben will. Umgekehrt kann der

Schuldner D, wenn ihm mehrere Gläubiger gegenüberstehen nach seiner Wahl an B oder C oder D leisten. Je, nachdem man die Haftung oder den Zweck der Obligation ins Auge faßt, kann man in diesen Fällen von einer einzigen oder von mehreren Obligationen reden. Betont man den Zweck, so stehen zweifellos die mehreren Schuldner (correi debendi) oder die mehreren Gläubiger (correi credendi) in einem einheitlichen obligatorischen Verbande (nexus); vom Standpunkte der Haftung aus liegen dagegen mehrere selbständige Obligationen vor, die freilich inhaltlich nur Wiederholungen, gewissermassen Reserveexemplare einer und derselben Obligation darstellen. Im übrigen ist es in Ansehung der juristischen Konstruktion gleichgültig, ob die Personenmehrheit auf der aktiven Seite besteht, ob mehrere Korrealgläubiger in Frage kommen (aktive Korrealobligation) oder auf der passiven Seite (mehrere Schuldner, passive Korrealobligation) oder ob gar beide Seiten eine Mehrheit von Personen aufweisen.

Jede der mehreren Personen repräsentiert den vollen Gläubiger bzw. Schuldner, insbesondere kann bei der passiven Korrealobligation jeder Schuldner nach Belieben ganz oder teilweise in Anspruch genommen werden. Der Gläubiger hat die sogenannte potestas electionis. Dieses Wahlrecht wird aber konsumiert durch die litis contestatio bei Erhebung der Klage, mit diesem Augenblick werden die anderen Schuldner frei. — Wie sich der Schuldner, der das Ganze leistet, oder der Gläubiger, der das Ganze beitreibt, hinterher mit seinen Genossen (correi) auszugleichen hat, ist nach dem zwischen den correi bestehenden internen Rechtsverhältnisse zu entscheiden.

Als praktisches Motiv der vertragsmäßigen Begründung einer Korrealobligation kann vor allem der Stellvertretungszweck maßgebend sein. Beispielsweise will der Gläubiger für den Fall, daß er durch Abwesenheit, Krankheit, Tod verhindert würde, die Schuld selbst beizutreiben, den B als Reservegläubiger (correus credendi) bezeichnen, oder auch für den Fall, daß der Schuldner verhindert würde, zu zahlen, sollen die Schuldner B, C als Reserveschuldner (correi debendi) eintreten. Daher war die Korrealobligation im älteren römischen Recht, solange die Stellvertretung im obligatorischen Verkehr (vgl. S. 58 oben) noch nicht zulässig war, ein wichtiges Ersatzmittel. Darum hat aber mit dem Durchbruch des Stellvertretungsgedankens vor allem die aktive Korrealobligation ihre praktische Bedeutung eingebüßt.

Für die passive Korrealobligation trat dagegen mit der Zeit ein anderes praktisches Motiv in den Vordergrund, der Zweck der Sicherstellung, der am vollständigsten durch die Korrealobligation erreicht wird, dem freilich daneben auch die besondere Form der Bürgschaft dienstbar wurde.

Quellenstellen: Partialobligation vgl. l. 11 § 2 D. de duobus reis 45, 2: — cum ita cautum inveniretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius, partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. — Korrealobligation vgl. l. 2 de eod.: Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio. L. 3 § 2 eod.: Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti. et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est —; utique enim cum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberantur, sive solvatur, ab altero liberatio contingat. Vgl. dagegen l. 9 § 2 eod.: Cum duos reos promittendi facerem ex diversis locis. Capuae pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur: nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio. L. 13 D. eod.: Si reus promittendi altero heres extiterit, duas obligationis eum sustinere dicendum est. Nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fidejussore et reo principali, consistit alteram ab altera perimi: cum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest repperiri qua altera potius quam alteram consummari. ideoque et si reus stipulandi herẽs extiterit, duas species obligationis eum sustinere.

3. Bürgschaft. Unter einem Bürgen im weitesten Sinne versteht man einen akzessorischen Schuldner, der den Gläubiger gegen die Gefahr sicherstellen soll, daß der ursprüngliche oder Hauptschuldner (Prinzipalschuldner) nicht zahlen kann (insolvent wird) oder abwesend ist. Zweck der Bürgschaft ist also die Sicherung eines vermögensrechtlichen Anspruchs. Das römische Zivilrecht bot drei verschiedene Formen für die Erreichung dieses Zwecks, nämlich: 1. die Form der Stipulation (sponsio, fidejussio, fidei promissio), 2. die Form des Mandats; der Bürge X gab dem Gläubiger A den Auftrag, dem B (Schuldner) beispielsweise 100 S. auf seine, des Bürgen Gefahr zu leihen; aus einem solchen Kreditauftrag oder sogenannten mandatum qualificatum erlangte dann A die sogenannte actio mandati contraria gegen X, falls B nicht zahlen konnte. 3. Das sogenannte constitutum debiti alieni d. h. eines Zahlungsversprechens, indem der Bürge — durch formloses pactum — die

Schuld des anderen anerkannte und ihre rechtzeitige Zahlung versprach; der Prätor erkannte die Klagbarkeit eines solchen pactum an und erteilte daraus die sogenannte actio de pecunia constituta oder constitutoria.

Die Form der sponsio war auf den Rechtsverkehr unter römischen Bürgern beschränkt (Bd. I S. 172); sie unterschied sich von der Korrealobligation nur dadurch, daß hier zunächst der Schuldner durch sponsio verpflichtet werden mußte, worauf dann der Bürge mit den Worten hinzugezogen wurde: idemne dare spondes? (Gajus III, 116). Die fidepromissio ist die Bürgschaftsform des älteren Peregrinenrechts.

Eine lex Cicereja legte dem Gläubiger die Pflicht auf, dem sponsor oder fidepromissor zum voraus kund zu tun, für welche Schuld die Bürgschaft geleistet worden und wie viele Mitbürgen er haben soll (praedictio). Diese Benennung der Summe und der Zahl der Mitverpflichteten sollte öffentlich (palam, coram pluribus, l. 33 D. de U. S. 50, 16) geschehen; ihre Versäumnis machte die Bürgen frei, wenn sie innerhalb dreißig Tagen auf Grund der Präjudizialklage (an ex lege praedictum sit) festgestellt wurde.

Eine lex Furia de sponsu (345 v. Chr.) beschränkte die Haftung des Bürgen zeitlich auf 2 Jahre und gebot dem Gläubiger, der mehrere Bürgen angenommen hatte, die Klage zwischen ihnen zu teilen; im Uebertretungsfalle gab sie dem Bürgen, der mehr als seinen Teil hatte zahlen müssen, eine manus injectio auf Rückforderung des Ueberschusses (vgl. v. Ihering, Geist des röm. Rechts IV § 52 S. 115).

Die Fidejussio ist eine freiere Form der Bürgschaft, die sich erst im jus gentium entwickelt hat; sie war den eben erwähnten Beschränkungen nicht unterworfen und gleichmäßig für Römer und Peregrinen anwendbar. Ihr Hauptvorzug lag darin, daß sie im Gegensatz zur sponsio und fidepromissio, die eine Stipulationsschuld voraussetzten, allen möglichen Obligationen hinzugefügt werden konnte. Sie vollzog sich mit den Worten des Gläubigers: Idem fide tua esse jubeo? und der Antwort des Bürgen (adpromissor): fidejubeo. Bei der fidejussio hafteten auch die Erben des Bürgen, was bei der sponsio und fidepromissio nicht der Fall war (Gajus III §§ 119 ff.).

Schon nach einer für die sponsio und fidepromissio eingeführten lex Apuleja sollten mehrere Bürgen unter sich wie socii behandelt werden, d. h. wenn einer die ganze Schuld gezahlt hatte,

konnte er von den übrigen die sie treffenden Anteile fordern. Dieses beneficium legis Apulejae kam freilich durch die lex Furia, welche die solidarische Haftung mehrerer sponsores und fidepromissores aufhob, für Italien außer Anwendung, blieb jedoch außerhalb Italiens in Kraft. Für mehrere fidejussores hatte bereits der Prätor ein beneficium cedendarum actionum eingeführt, dessen Erfolg dem gesetzlichen der lex Apuleja gleichkam. Nach einer epistula Hadriani brauchte aber der Bürge, falls seine Mitbürgen zahlungsfähig waren, von vornherein nicht mehr das Ganze zahlen; er hatte jetzt die sogenannte exceptio divisionis d. h. er konnte Teilung verlangen und den Gläubiger wegen des Ueberschusses an die Mitbürgen verweisen.

Im Justinianischen Rechte ist die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Stipulationsbürgen aufgehoben, alle Bürgen durch Stipulation werden jetzt wie fidejussores behandelt; die lex Apuleja und Furia war damit antiquiert; jetzt bestanden für den Bürgen noch drei sogenannte beneficia: a) das beneficium cedendarum actionum, b) das beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani, c) das erst von Justinian (Nov. 4 c. t.) eingeführte sogenannte beneficium excussionis s. ordinis, wonach der Bürge fordern kann, daß der Gläubiger erst den zahlungsfähigen, gegenwärtigen oder vom Bürgen herbeizuschaffenden Schuldner belange und ausklage.

Quellen: Vgl. Gajus III, §§ 118, 119: Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fideiussoris valde dissimilis. § 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus: velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. — Fideiussor vero omnibus obligationibus, i. e. sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adiici potest; ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adiiciatur: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive dominus in id quod sibi debeatur. § 120: Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, . . fideiussoris autem etiam heres tenetur. § 4 J. de fidej. III, 20: Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes diducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur. Fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur; itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere: sed nunc ex epistula D. Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes petere. [ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat]. Gajus III, § 121: Sed cum lex Furia tantum in Italia locum habeat, evenit, ut in

ceteris (?) provinciis sponsores quoque et fidepromissores proinde ac fideiussores in perpetuum teneantur et singuli in solidum obligentur —. § 122 ibidem: Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Appuleia quandam societatem introduxit: nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur: unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Appuleiae beneficium supersit; et utique extra Italiam superest, nam lex quidem Furio tantum in Italia valet. Sed an etiam in Italia beneficium legis Appuleiae supersit, valde quaeritur. L. 6 pr. D. de fidejussoribus et mandatoribus 46, 2: Stipulatus sum a reo nec accepi fidejussoren: postea volo adiicere fideiussorem; si adiecero, fideiussor obligatur. — § 2: Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest. C. 17 eod.: Fidejussoribus succuri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina. Nov. 4, c. 1: Si quis crediderit et fideiussorem acceperit, non statim ab initio fideiussorem conveniat neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit, sed primo eum, qui pecuniam accepit et debitum contraxit, conveniat.

Gegensatz der Solidarobligation im engeren Sinne und der eigentlichen Korrealobligation: Der oben bereits hervorgehobene Unterschied des Zwecks bei Errichtung einer Korrealobligation, die entweder auf bloße Sicherung oder auch auf Wahlmöglichkeit gerichtet sein kann, hat die neuere Pandektenlehre (Ribbertrop) zur Aufstellung eines Unterschieds zwischen der Solidarobligation im engeren Sinne und der eigentlichen Korrealobligation veranlaßt. Der Unterschied ist berechtigt und nicht unerheblich, da passive Solidarobligationen im engeren Sinne auch außerkontraktlich entstehen können, nämlich aus Delikten, bei denen mehrere Delinquenten auf Schadensersatz in solidum haften; hierzu kommt, daß in allen kontraktlichen Verhältnissen, die eine Verpflichtung des Schuldners zu diligentia enthalten, auch wenn sie in sonstiger Richtung nur auf Partialhaftung gehen (z. B. bei einem Mietvertrag, in dem im Zweifel mehrere Mieter wegen des Mietzinses nur für ihre Quote haften) jeder Schuldner im Falle der culpa eines Kontrahenten in solidum verpflichtet wird. Bei der Solidarobligation im engeren Sinne nimmt man soviele Obligationen an, als beteiligte Personen vorhanden sind. Diese mehreren Obligationen sind lediglich durch den gemeinsamen Zweck verbunden; es liegt hier lediglich dasselbe Verhältnis vor, wie bei der Möglichkeit, mehrere auf denselben Zweck gerichtete Klagen anzustellen (Beispiel: Die Erreichung des Zwecks der Herausgabe einer Sache mittelst der reivindicatio macht die Herausgabe mittelst einer anderen, ebenso zweckdienlichen Klage z. B. einer actio commodati unmöglich; Untergang von Klagen durch Zweckerreichung, Klagenkonkurrenz). Der maßgebende Grundsatz lautet hier: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur (l. 57 D. de R. J. 50, 18). Daraus ergibt sich, daß die übrigen Solidarobligationen nur durch Leistung beseitigt werden (solutione, perceptione, praestatione liberantur). — Bei der eigentlichen Korrealobligation dagegen vernichtet bereits die Wahl des Schuldners oder Gläubigers die Möglichkeit der Klage gegen die anderen correi (Litiskontestation, Novation, acceptilatio); hier gilt der Satz: litiscontestatione liberantur, non perceptione. — Allein dieser Gegensatz hat im späteren Rechte eine Abschwächung erfahren, die ihn praktisch fast unerheblich erscheinen läßt, und zwar nicht nur

durch die oben erwähnte, für fidejussores eingeführte exceptio divisionis, die durch l. 1 § 11 D. 27, 3 auch auf mehrere Vormünder ausgedehnt wurde, sondern vor allem durch Justinians berühmte Nov. 99: Der griechische Originaltext dieser Novelle bestimmt, daß ἀλληλεγύως ὑπεύϑυνοι oder, wie die Vulgata übersetzt „alterna fidejussione conjuncti" stets die Einrede der Teilung haben sollen. Die gemeinrechtliche Praxis hat sie stets so ausgelegt, daß die Einrede für alle vertragsmäßigen Korreal- und Solidarschuldner anwendbar sei; ausgenommen seien darnach nur diejenigen, die aus einem Delikt haften, ferner (nach weitverbreiteter Ansicht) solche, die aus einem Testamente haften; endlich fällt die Einrede fort durch Verzicht. Hierzu trat ferner die Abschwächung des Prinzips der sogenannten prozessualen Konsumtion durch Litiskontestation infolge der l. 28 Cod. de fidejussoribus 8, 41 (Justinian). Bereits frühzeitig suchte sich die Praxis gegen die konsumierende Wirkung der L. C. durch eine besondere Klausel zu sichern (in factis fieri et in usu quotidions videmus); Justinian erklärte nun diese Klausel für überflüssig und erhob es zum geltenden Recht, daß der Gläubiger, wenn er durch die Litiskontestation nicht zum Ziele gelangte, auch ohne Vorbehalt gegen die übrigen correi klagen können. Für die aktive Korrealobligation hat jedoch Justinian den Grundsatz der prozessualen Konsumtion nicht aufgehoben. Auch konnte, wenn nach der Litiskontestation die Klage aus einem Grunde, der nicht bloß den Beklagten persönlich befreite, sondern objektiv das Schuldverhältnis berührte, abgewiesen wurde, jeder andere correus einer neuen Klage die exceptio rei judicatae entgegensetzen.

Neuerdings hat man diesen zuerst von Keller und Ribbentrop nachgewiesenen Unterschied wieder leugnen wollen. Allein der Gegensatz zwischen einer durch bloße Einheit des Zweckes verbundenen Mehrheit von Obligationen, der gewöhnlichen Solidarobligation, und einer subjektiv-alternativen Obligation oder einem subjektiven Wahlschuldverhältnis ist zweifellos begrifflich möglich, und die dargestellte Entwicklung entspricht den Quellen.

Dem BGB., das die Solidarobligationen (Gesamtschuldverhältnisse) in §§ 421—429 regelt, ist die Unterscheidung zwischen Solidarobligationen im engeren Sinne und Korrealobligationen fremd. Dies schließt jedoch nicht aus, daß eine subjektive Wahlobligation gleichwohl in der Praxis vorkommt, vgl. Vorbemerkungen in Staudingers Komm. (7./8. Aufl.) zu §§ 420ff., III, c, zu § 421 Bem. 2.

Im Schweizer. Obligationenrecht sind zu vergleichen Art. 162—168. Wegen der Bürgschaft vgl. BGB. §§ 767—773. Schweiz. OblR. Art. 489—498, 500—511

Schriften: Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen 1831; v. Helmolt, Die Korrealobligation 1857; Fitting, Die Natur der Korrealobligation 1859; Samhaber, Zur Lehre von der Korrealobligation 1861; Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht 1864; Brinz, Zur Lehre von der Korrealobligation 1873; Landucci, Le obligazione in solido secondo il diritto Romano 1880; Hölder, Festgabe f. Scheurl im Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 69, 203; Manna, Saggi sulle oblig. in solido 1885; Ascoli, Sulle oblig. solidali 1890; Mitteis, Die Individualisierung der Obligation 1886, Grünhuts Zeitschr. Bd. 14, 419; Binder, Die Korrealobligation im römischen und heutigen Recht 1899. Ueber Bürgschaft vgl. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 758; Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts 1870; Corsi, La fidejussione (3. Aufl.) 1893;

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts 1894; Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft des römischen und gemeinen Rechts 1891.

4. Interzession. Der Begriff der „Interzession" ist umfassender als derjenige der Bürgschaft, man versteht darunter jegliches Eintreten für eine Verbindlichkeit in fremdem Interesse unter Uebernahme einer Haftung, sei es „kumulativ", indem die Haftung des neuen Schuldners zu der bereits bestehenden des alten Schuldners hinzutritt, sei es „privativ", indem der alte Schuldner von seiner Haftung befreit wird. Daher fallen unter diesen Begriff nicht nur alle Formen der Bürgschaft (fidejussio, mandatum qualificatum, constitutum debiti alieni), als kumulative Interzession, sondern auch die Uebernahme einer fremden Schuld durch expromissio (Novation) oder defensio als privative Interzession. Der Begriff verdankt seine Entwicklung der Auslegung des S. C. Vellejanum (46 n. Chr.) durch die Juristen. Dieser Senatsbeschluß (unter Claudius) erklärte Interzessionen der Frauen mit Rücksicht auf die sexus imbellicitas, die Geschäftsunkenntnis und natürliche Schwäche des weiblichen Geschlechts für unwirksam, er schützte die Frau durch die sogenannte exceptio S. C. Vellejani, die nicht einmal, wie die ähnlichen legislativen Beweggründen entsprungene exceptio S. C. Macedoniani (vgl. unten § 59) eine naturalis obligatio bestehen ließ (vgl. I S. 268). Auch eine sogenannte intercessio tacita fiel unter diesen Begriff d. h. der Fall, daß eine Frau schon im voraus (durch interventio) dem wirtschaftlich für die Eingehung der Schuld Interessierten die Verbindlichkeit vorabnahm z. B. ein Darlehen formell als eigenes Darlehen für einen anderen aufnahm. Dem Gläubiger konnte im Falle privativer Interzession die Klage gegen den ursprünglich Verpflichteten „restituiert" werden (actio restitutoria); im Falle der intercessio tacita wurde ihm sogar eine besondere neue Klage gegen den wirtschaftlich Begünstigten verliehen, „instituiert" (actio institutoria). Schuldzahlung galt nicht als Interzession. Auch kam das S. C. Vellejanum nicht zur Anwendung, wenn die Frau für die Interzession etwas erhalten oder den Gläubiger betrügerisch über die Interzession getäuscht hatte, oder, wenn der Gläubiger aus entschuldbarem faktischen Irrtum nicht gewußt hatte, daß eine Frau interzediere, oder, wenn die Interzession für Bestellung einer dos geschah; auch nicht, wenn der Gläubiger minderjährig und der Hauptschuldner zahlungsunfähig war, oder, wenn die Frau nach Ablauf von 2 Jahren die Interzession wiederholt hatte; endlich nicht, wenn

sie, nachdem sie zuvor durch einen Rechtskundigen über die Folgen des Verzichts belehrt worden war, auf die Rechtswohltat des S. C. Vellejanum verzichtete.

Justinian erklärte überdies noch jede Interzession einer Frau für ipso jure nichtig, wenn sie nicht durch eine öffentliche, von drei Zeugen unterschriebene Urkunde bekräftigt war. Die Interzession der Ehefrau für ihren Mann erklärte er (Nov. 134 c. 8) für schlechthin, also auch bei Wahrung der Form, für nichtig. Hierauf beruht die sogenannte Authentica: Si qua mulier (I, 354, 369), welche dem gemeinen Rechte zugrunde lag.

Quellen und Schriften: Vgl. l. 2 pr. § 1 D. h. t. 16, 1: Et primo quidem temporibus D. Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. §. Postea factum est senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est; cuius senatusconsulti verba haec sunt: „Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussionis et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, [cum pro viris suis intercesserint, arbitrari senatum?] ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitari senatum (?), recte [itaque?] atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur.“ L. 1 C. h. t. 4, 29.: Sed si pro aliis, cum obligatae non essent, pecuniam exsolvunt, intercessione cessante repetitio nulla est. L. 2 § 3 D. h. t.: Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae: hoc enim D. Pius et Severus rescripserunt, nam deceptis, non decipientibus opitulatur. L. 11, 12 D. h. t.: Si mulier tamquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus senatusconsulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint. — Immo tunc locus est senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere. L. 16 § 1: Gaius Cassius respondit ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset; Julianus autem recte putat, [Trib.] fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, quia totam obligationem senatus improbat. L. 40 D. 12, 16: Si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatusconsulto de intercessionibus. L. 8 § 7 D. h. t.: Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus sit quam mulier intercesserit. L. 1 § 2 eod.: Aequum visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur.

Literatur: Kattenhorn, Ueber Interzessionen der Frauen 1840; Bachofen, Das Vellejan. Senatuskonsult, 1848; Windscheid, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 32 N. 12, N. 13; Dernburg, Pand. II § 84.

Das BGB. hat diese sogenannten weiblichen Rechtswohltaten beseitigt; ebenso das Schweiz. OblR. (vgl. Art. 29, Artt. 489 ff.).

§ 78. Der Literalkontrakt.

Bei der Stipulation liegt die verpflichtende Kraft des abgeschlossenen Vertrages in den gebrauchten Worten. Eine darüber etwa aufgenommene schriftliche Urkunde — und solche Beurkundung der Stipulation war so gewöhnlich, daß später das Wort „Stipulation" vielfach geradezu für die Urkunde gebraucht wurde — hatte lediglich die Bedeutung eines Beweismittels. Die Stipulation war ein Verbalkontrakt. Dahingegen dient beim Literalkontrakt die Schrift nicht bloß als Beweismittel, vielmehr bildet sie selbst die verpflichtende Tatsache, der Vertrag wird bindend nur durch den Gebrauch der Schrift; die Schrift bildet eine wesentliche Voraussetzung, eine „essentielle" Form des Vertrags (wie heutzutage z. B. ein Wechsel nur als schriftliche Verpflichtung denkbar ist, — Gedanke der obligatorisch konstitutiven Kraft der Schrift). Literis fit obligatio.

Die Römer kannten nun in der letzten Hälfte des republikanischen Zeitalters und in der älteren Kaiserzeit eine eigentümliche Form dieses Literalkontrakts unter Eintragung in die sogenannten Hausbücher (Kassabücher), tabulae oder codices accepti et expensi, welche mit Rücksicht auf den census geführt werden mußten. Die genaue Einrichtung dieser Hauptbücher, die von bloßen Notizbüchern, Kladden (adversaria) wohl zu unterscheiden und nur mit unseren heutigen ordnungsmäßigen Handlungsbüchern zu vergleichen sind, ist bislang nicht mit Genauigkeit festgestellt. Mit Sicherheit läßt sich nur folgendes angeben: „Nomen in tabulas referre" hieß überhaupt einen Posten eintragen. „Expensilatio, expensum ferre, scribere quod debeatur" hieß Einschreiben desjenigen, was man zu fordern hatte, „acceptilatio, acceptum ferre, scribere quod debeat" hieß das Eintragen dessen, was man schuldete. Der Gläubiger schrieb also in sein Hausbuch mit Bewilligung des Schuldners die expensilatio, und in dem Hausbuche des Schuldners wurde die acceptilatio eingetragen und dadurch war die Obligation begründet

Alle solche Forderungen (nomina) hießen transcripticia und wurden unterschieden von sogenannten arcaria nomina d. h. von sonst beurkundeten Forderungen, deren Urkunden — daher der Name „arcaria" — in einer Kiste (arca) aufbewahrt zu werden pflegten. Man unterschied ferner ein „transcribere a persona in personam" d. h. diese Bucheintragung konnte benutzt werden, um

eine Forderung auf einen anderen zu übertragen bzw. die Schuld eines anderen zu übernehmen, und ein „transcribere a re in personam" d. h. die Eintragung diente als Mittel, den bisherigen Schuldgrund in einen (abstrakten) Literalkontrakt umzuwandeln (Beispiel: A hatte von B eine Sache für 1000 Denare gekauft: der Kaufpreis wurde als nomen transcripticium a re in personam eingetragen, es erfolgte damit eine „Novation" d. h. die bis dahin ex empto geschuldete Summe wurde jetzt ex literis geschuldet). Welche Garantie gegen falsche Eintragungen bestand, ist unbekannt, zumal die schuldnerische Gegeneintragung nicht notwendig war. Die Einrichtung soll seit den Bürgerkriegen allmählich abgekommen sein, weil die Hausbücher bei den Proskriptionen vielfach benutzt worden waren, um auf Grund derselben das Vermögen eines Geächteten einzuziehen; überdies verlor sie ihre Bedeutung mit dem Verschwinden des census in der Kaiserzeit. Immerhin wird sie von Gajus noch als praktisch erwähnt. Jedenfalls war diese Form des Literalkontrakts zur Zeit Justinians längst veraltet. — Griechischen Ursprungs dagegen ist die Verpflichtung durch chirographa und syngrapha, formlose Schuldverschreibungen. Eine solche in der Regel ein fiktives Darlehen bescheinigende Urkunde erlangte aber volle Beweiskraft erst nach Ablauf von fünf, seit Justinian nach Ablauf von zwei Jahren; vorher konnte der Schuldner einer Klage daraus die exceptio non numeratae pecuniae entgegenstellen.

Quellenstellen: Ps. Ascon. in Cic. or. in Verr. II. 1 § 60: Moris fuit, unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, quo appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte foenore lucrove seposuisset et quo die, et quid item sumptus damnive fecisset. — Vgl. ferner: Gajus III § 128: Literis obligatio fit veluti nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. § 129: A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibitulero. § 130: A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi. § 134: Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur: in his enim rei non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem: qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. § 134: Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, ut eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

Vgl. im übrigen: Karlowa, Rechtsgeschichte II S. 746 ff.; Keller, Institutionen S. 102 ff.; ders., in Sells Jahrb. f. hist. und dogmat. Bearbeitung des römischen Rechts Bd. I (1841); Mitteis, Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 19 (1898), S. 239 ff.; Rochez, Les obligations littéraux 1891.

Vgl. auch v. Ihering, Geist des röm. Rechts III, 597 f.

§ 79. Realkontrakte.

Bei den Realkontrakten liegt das verpflichtende (klagbegründende) Moment in der Hingabe und in dem Empfang einer Sache unter Vereinbarung der Zurückerstattung. Der Schuldner wird hier nur durch die zuvorige Leistung des Gläubigers (ex re) verpflichtet.

I. Benannte Realkontrakte. Es gibt nur vier Rechtsgeschäfte dieser Gattung, für welche die Römer eine besondere Theorie (nomen bedeutet in der Rechtssprache mehr als bloße „Namen", nämlich „Begriff") entwickelt haben, und die daher als Nominat-Realkontrakte bezeichnet werden. Alle diese vier Vertragstypen gehen auf Rückgabe dessen, was der Gläubiger (A) dem Schuldner (B) gegeben hat, also nicht, wie die sogenannten Innominat- oder unbenannten Realverträge bloß auf „Restitution" in weiterem Sinne, d. h. nicht auf eine auch durch andersartige Leistung erfüllbare Gegengabe. Den ersten dieser vier benannten Realverträge bildet:

a) Das Darlehen (mutuum). Dieses wird abgeschlossen durch Hingabe vertretbarer Sachen zu Eigentum (dare) unter der Verpflichtung, eine gleiche Quantität dieser Sachen zurückzuerstatten. Gegenstand eines Darlehens kann vor allem Geld, aber auch eine bestimmte Menge sonstiger Sachen sein, bei denen der Verkehr nicht auf die Einzelsache, sondern auf die Gattung sieht (Fungibilien, S. 209 oben), z. B. Lebensmittel, Getreide, Brennstoffe u. dgl. Die Gegenstände müssen in das Eigentum des Empfängers gelangt sein, da der wirtschaftliche Zweck des Darlehens ihr Verbrauch ist; eine Ueberlassung zu bloßem vorübergehenden Besitz oder zur Detention (z. B. eine Hingabe von Münzen zum Studium) begründet kein Darlehen. Der Gläubiger brauchte jedoch diesen Eigentumsübergang regelmäßig nicht zu behaupten und zu beweisen. „Der Zweck des Erfordernisses war vielmehr, dem Beklagten einen ipso jure-Einwand offen zu halten, nämlich den, daß ihm der Darlehensgegenstand evinciert worden war, m. a. W. jenes in positiver Gestalt ausgedrückte Erfordernis kam ähnlich wie das der bona fides oder der Usukapionsfähigkeit der Sache bei der Usukapion nur als Negation von seiten des Beklagten und nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zur

Sprache" (v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV, 76). Durch das Darlehen entstand eine streng einseitige Verpflichtung (stricti juris obl.) zur Rückgewähr, sei es nach Ablauf einer unbestimmten Zeit, also auf Anfordern des Gläubigers, oder nach einer vereinbarten bestimmten Zeit. Der Anspruch wurde geltend gemacht durch die condictio certi oder ex mutuo. Handelte es sich um ein Gelddarlehen, so erhielt der Kläger auf Grund eines prozessualen Strafversprechens, sponsio tertiae partis, wenn der Beklagte den Empfang leugnete, außer der Hauptschuld noch ein Dritteil mehr. (Vgl. I S. 258).

Aus den Quellen: Als Vertrag setzt das Darlehen neben dem Moment des res (dare) selbstverständlich auch Willensübereinstimmung voraus. Vgl. l. 3 § 1 D. de O. et A. 44, 7: Non satis est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio nascatur. Vgl. jedoch l. 32 D. h. t. 12, 1: Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi reddi bonum et aequum est. (Iuventius Celsus, daher sogenannte condictio Juventiana).

L. 1 D. d. r. c. 12, 1: Ut Celsus ait, credendi generalis appellatio est; . . nam cuicumque rei assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur. Gajus III, § 124: Pecuniam creditam dicimus non solum eam quam credendi causa damus, sed omnem quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri i. e. quae sine ulla condicione deducitur in obligationem. L. 2 § 3 D. h. t.: Creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur, sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. L. 1 § 2, 4 D. de O. et A. 44, 7: Mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, . . quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. — Qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit perdiderit [veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu § 2 I. 3, 14], nihilo minus obligatus permanet. L. 2 pr. § 2. 4 D. h. t.: Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus. — Apellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio. — In mutui datione oportet dominum esse dantem. L. 34 D. mand. 17, 1: Si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita (fiet): quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. L. 15 D. h. t.: Cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, (videtur) mihi data pecunia et a me ad te profecta.

In zwei Fällen wurde eine Ausnahme vom Erfordernis der Eigentumsübertragung gemacht: a) L. 15 eod. (Ulpian.) Singularia quaedam

recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. b) L. 13 § 1 eod.: Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumpseris. cf. L. 56 § 2 D. de fideiuss. 46, 1. L. 24 pr. § 2 D. de O. et A. 44, 7. L. 11 pr. eod. (Ulpian.) Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam: cf. L. 19 pr. D. de praescript. verb. 19, 5. Sogenannter contractus mohatrae! vgl. Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis, v. Mohatra „Vox portentosa, qua significatur contractus, quo, inquit Escobarius, quis egens pecunia, emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio, et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit. Idem Barata interdum dicitur". Aehnliche Geschäfte werden noch heutzutage zur Verschleierung wucherischer Verträge gemacht. — Zinsen: Auf Zahlung von Zinsen ging das römisch-rechtliche Darlehen nicht; auch ein pactum adjectum genügte nicht, um eine Zinsverbindlichkeit zu begründen. Zinsen mußten durch eine besondere Stipulation versprochen werden. Eine Ausnahme machte das Seedarlehen (foœus nauticum, pecunia trajecticia): hier wurde die Rückzahlung von der glücklichen Rückkehr des Schiffes abhängig gemacht, auf dessen Ladung man das Darlehen gegeben hat; der Gläubiger trug also die Gefahr des Darlehens, er konnte sich daher auch Zinsen in beliebiger Höhe ausbedingen (Risikoprämie); erst Justinian setzte auch hier eine Höchstgrenze von 12 Prozent. — Darlehen an Haussöhne: Nachdem bereits ein Edikt des Kaisers Claudius (47 n. Chr.) verordnet hatte, daß ein Darlehen, das ein Haussohn in mortem patris aufnahm, nichtig sei (Tacit. Annal. XI, 13), gab ein Vatermord, den ein von Wucherern schwer bedrängter Haussohn ausführte, Veranlassung zu dem S. C. Macedonianum unter Vespasian. Dig. XIV, 6: Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus (Vulg. hominibus) praestaret qui (Hal. quum) pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri. — Der Klage aus einem Gelddarlehen, das einem noch in der väterlichen Gewalt stehenden Kinde gegeben ist, kann darnach die sogenannte exceptio S. C. Macedoniani entgegengesetzt werden, und zwar nicht nur vom Empfänger selbst, sondern auch von den Erben und dem Vater des Schuldners, auch vom Bürgen; es wird jedoch hier nicht, wie bei dem S. C. Vellejanum (S. 302 oben) die Wirkung einer naturalis obligatio ausgeschlossen.

Literatur: Storch, Der Darlehnsvertrag 1878; Huschke, Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehen 1882; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II, 591; Passefons de Carbonnat, Du nauticum foenus 1893; Sieveking, Das Seedarlehen des Altertums 1893; Matthiaß, Das foenus nauticum 1881; Dietzel, Das S. C. Macedonianum.

Aus dem BGB. §§ 607—610. Aus dem Schweiz. OblR. Art. 329—337.

b) Leihvertrag (Gebrauchsleihe, commodatum) ist die unentgeltliche Hingabe einer (meistens, aber nach römischen Recht nicht notwendig beweglichen) bestimmten Sache zum Zwecke der Benutzung mit der Verpflichtung der Rückgabe. Besonders wesentlich ist der Begriffsmoment der Unentgeltlichkeit, da sonst Miete anzunehmen ist (Leihbibliothek?). Der Empfänger erlangt nur die Detention (Inhabung) der Sache, der Verleiher (Commodant) bleibt juristischer Besitzer (S. 243 oben). Der Entleiher (Commodatar) haftet für jede Sorgfalt, d. h. er wird bereits durch culpa levis verpflichtet, hat jedoch für den Zufall nicht einzustehen. Aus diesem Realvertrag entspringen zwei Klagen: a) die actio commodati directa des Verleihers auf Rücklieferung (Res deterior reddita non est reddita); b) die actio commodati contraria des Entleihers wegen etwaiger Verwendungen oder auf Schadensersatz, falls durch Verschulden des Verleihers (culpa lata) ihm ein Nachteil erwachsen ist.

Vgl. aus den Quellen: L. 5 § 2 D. h. t. 13, 6: Commodatum plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam. L. ult eod: Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati. L. 18 pr. h. t.: Si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. L. 2—4 D. h. t.: Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodavit, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis; . . nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset. — Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve sit, condemnandus eo nomine est. — Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur potest salvum habere iure pensationis. Sed fieri potest, ut . . ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est.

Literatur: G. C. Schmidt, Das commodatum und precarium 1841; Ferrini, Storia e teoria del contratto di commodato, Arch. giur. Bd. 52 S. 496 ff.

BGB. §§ 598—606; Schweiz. OblR. Art. 321—328.

c) Verwahrungsvertrag (Depositum): ist die Uebergabe einer beweglichen Sache zum Zwecke der unentgeltlichen Aufbewahrung. Das römisch-rechtliche depositum ist stets ein Gefälligkeitsdienst des Verwahrers (Depositars); läßt er sich bezahlen, so handelt es sich um eine Dienstmiete. (Anders im deutschen BGB.) Daher haftet der Depositar nur für dolus und culpa lata (und negligentia suis rebus non consueta). Nach den XII Tafeln ging die actio depositi directa auf Rückgabe stets in duplum, nach dem Edikte besteht

diese Prozeßstrafe nur noch gegen den, der ein sogenanntes depositum miserabile (d. h. tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum) ableugnet. Die actio contraria geht auf Ersatz von Auslagen und etwaigen Schadensersatz bei einen durch Verschulden des Hinterlegers verursachten Nachteil. (Hinterleger haftet, da der Vertrag in seinem Interesse abgeschlossen ist, für omnis culpa).

Regelmäßig erlangt auch der Depositar (Verwahrer) nur die Detention, nicht den juristischen Besitz. Eine Ausnahme kann davon gemacht werden, wenn die Ueberlieferung des Gegenstandes an einen Dritten zur Verwahrung und Erhaltung als Mittel angewandt wird, um streitige oder noch nicht realisierbare Ansprüche daran zu sichern, was sowohl auf Uebereinkunft der Parteien als auch auf richterliche Anordnung beruhen kann und Sequestration heißt. Einem solchen Sequestar kann auch der juristische Besitz übertragen werden.

Vgl. aus den Quellen: L. 1 § 8 D. h. t. 16, 3: Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto; quodsi accepit, ex conducto. § 39 ib.: Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus putat recte depositi acturos. L. 1 § 5 D. 44, 7: Is apud quem rem aliquam deponimus, . . etiamsi negligenter rem custoditam amiserit, securus est; quia enim non sua gratia accipit, sed eius, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam comittit, de se queri debet; magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere. L. 1 § 1 h. t.: Praetor ait: quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, . . in duplum iudicium dabo. Coll. X. 7, 11: Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum. L. 1 § 38 D. h. t.: Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse. Coll. X. 2, 3: Actione depositi servi conventus cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur. L. 15 D. h. t.: Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur. L. 45 D. de R. J. 50, 17: Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest.

Bei der Hinterlegung vertretbarer Sachen kann dem Empfänger gestattet werden, sie zu verbrauchen; er wird alsdann Eigentümer und hat nur die gleiche Summe zurückzugeben. Offenbar unterscheidet sich ein solches sogenanntes depositum irregulare vom Darlehen nur durch den wirtschaftlichen Beweggrund. Literatur: Vgl. Niemeyer, Depositum irregulare 1889; Coppa-Zuccari, Il deposito irregulare 1902; vgl. auch Savigny-Zeitschr. 12, 397; 19, 209; Kuhlenbeck, Der Check, seine wirtschaftliche und juristische Natur 1820, S. 75 ff.

d) Faustpfandvertrag (Pignus): ist Hingabe einer beweglichen Sache zum Zwecke der Sicherstellung des Gläubigers für

seine Forderung. Der Empfänger erlangt den (sogenannten abgeleiteten) juristischen Besitz und haftet für culpa levis. Die b. f. actiones aus diesem Realkontrakt sind: a) die directa pigneraticia actio des Faustpfandbestellers auf Restitution der Sache mit Früchten und Akzessionen nach Beendigung des Pfandrechts; b) die actio pigneraticia contraria des Pfandempfängers wegen etwaiger Verwendungen oder Benachteiligung durch Schuld des Pfandgebers.

Vgl. Dig. XIII, 7. Cod. IV, 24 de pigneraticia actione vel contra. Antichresis heißt der Pfandvertrag, wenn dem Gläubiger der Fruchtgenuß einer fruchttragenden Pfandsache anstatt der Zinsen überlassen wird. Vgl. l. 11 § 1 D. de pign. 20, 1: — — cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque. (Auch bei unbeweglichen Sachen zulässig.)

Literatur: Roedenbeck, Die Antichresis, 1874.

II. Unbenannte Realkontrakte (Innominatkontrakte): Wenn in Rom zwei Parteien den Austausch von gegenseitigen Leistungen durch formlosen Vertrag vereinbarten, so hatte ein solches bloßes pactum keine bindende Kraft. Um letztere zu erzielen, mußten sich entweder beide Teile die Leistung stipulieren oder der eine Teil mußte die Leistung erfüllt haben. Es galt eben der Grundsatz: nuda pactio obligationem non parit (l. 7 § 4 D. de pact. 2, 14). Nach älterem Recht (Zeit der Legisaktionen) konnte der Gläubiger, der im Vertrauen auf das Gegenversprechen erfüllt hatte, wenn er sich in diesem Vertrauen getäuscht sah, lediglich seine eigene Leistung mit jener condictio zurückfordern, die später als condictio ob rem dati, ob causam datorum, causa data non secuta bezeichnet wurde. Später, jedenfalls im Justinianischen Recht (Interpolationen), wird ihm daneben, nach seiner Wahl, auch eine sogenannte actio praescriptis verbis gewährt (Bd. I S. 247), eine actio in factum, mit der er Erfüllung der Gegenleistung fordern kann. In l. 5 D. de praescriptis verbis 19, 5 werden sämtliche derartige „unbenannten“ Realkontrakte, „quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt“, nach folgenden Kategorien geordnet: a) do, ut des. Hierher gehört vor allem der Tauschvertrag (rerum permutatio), ferner der contractus aestimatorius (sogenannter Trödelvertrag), bei dem eine Sache abgeschätzt gegeben wird unter der Verpflichtung, entweder die Sache oder den Wert zurückzugeben. b) do, ut facias: Ich gebe jemandem eine Sache, daß er mir einen Dienst leiste (ohne daß eine locatio conductio vorliegt) oder sonst etwas tue, z. B. einen Sklaven freilasse, überhaupt für eine Gegenleistung,

die nicht in Uebertragung von Eigentum (dare) besteht. c) facio, ut facias: Leistung und Gegenleistung bestehen in einem Tun, nicht in Uebertragung von Eigentum (dare). d) facio, ut des.

Vgl. l. 1 § 2 D. de rer. perm. 19, 4: Emptio et venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, locatione conductione, mandato. — L. 1 pr. D. de aest. 19, 3: Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi.

Noch im Mittelalter vertraten strenge Romanisten die Klaglosigkeit der nuda pacta. Aber die Kanonisten entschieden sich für den Zwang zur Erfüllung (Pacta sunt servanda). Schließlich wurde die Klagbarkeit formloser Verträge, soweit nicht besondere Nichtigkeitsgründe entgegenstehen, unbestrittenes Gewohnheitsrecht, und seitdem sind auch die römischen Innominatkontrakte gemeinrechtlich sofort mit dem Abschlusse klagbar geworden; es bedarf also nicht mehr der Erfüllung von einer Seite. Damit ist auch die Wahl zwischen einer condictio und dem Erfüllungsanspruch, das sogenannte Reuerecht in Wegfall gekommen. Es ist aber falsch hieraus zu schließen, daß nun auch alle benannten Realkontrakte als Konsensualverträge zu behandeln seien. (Beispielsweise ist auch heute noch das Darlehen vom pactum de mutuo dando zu unterscheiden).

Literatur: Girard, Geschichte und System S. 564 ff., 637 ff.; Ubbelohde, Zur Geschichte der benannten Realkontrakte auf Rückgabe derselben species 1870; Accarias, Théorie des contrats innommés 1866; Pernice, Labeo III S. 88 ff.

§ 80. Die Konsensualkontrakte.

Die einzigen Vertragstypen, die nach römischem Zivilrecht durch formlose Willenseinigung (consensus) Klagbarkeit erlangten, waren die vier sogenannten Konsensualverträge: Kauf, Miete, Auftrag, Gesellschaftsvertrag.

I. Der Kauf (emptio, venditio): ist Umsatz von Sachen, Gütern, die Waren heißen, gegen Geld, während der Sachtausch im engeren Sinne Umtausch einer Sache gegen eine andere ist. Der Kaufvertrag verdankt seine Klagbarkeit dem Fremdenrecht; zuerst vom praetor peregrinus anerkannt, ist er dann auch vom praetor urbanus übernommen und somit aus dem jus gentium eingeführt. (Bd. I S. 122, 178, 223). Freilich gab es schon im älteren Zivilrecht Klagen, die den tatsächlichen Abschluß eines Kaufgeschäfts voraussetzten, welches damals in einen formellen Vertrag, z. B. in

mehrere Stipulationen (stip. empti, venditi) eingekleidet werden mußte. Hierher gehört vor allem: 1. die actio autoritatis. Sie stand im Falle der Entwehrung (Eviktion) d. h. wenn die verkaufte Sache dem Käufer von einem besser Berechtigten z. B. von dem wahren Eigentümer abgestritten wurde, demjenigen zu, der eine res mancipi gekauft und durch Mancipation oder in jure cessio überliefert erhalten hatte. Der Käufer mußte jedoch, um seinen Anspruch zu wahren, den Verkäufer rechtzeitig von dem Anspruch des Dritten benachrichtigen, um ihm Gelegenheit zu geben, als auctor (Gewährsmann) zu intervenieren (litem denuntiare); die Versäumnis der denuntiatio hatte den Verlust der actio auctoritatis zur Folge. — Wurde die Sache dem Käufer „evincirt", so erlangte er mit dieser Klage von Verkäufer das Doppelte des Kaufpreises (als „Aversionalquantum" seines Interesses); indem man statt des wirklichen Preises ein beliebiges „simplum" in der Vertragsformel z. B. die Verkaufsstipulationen aufnahm, konnten die Parteien dieses „duplum" schon beim Kaufgeschäft festsetzen, d. h. mit anderen Worten: den Betrag des Entwehrungsinteresses von vornherein vertragsmäßig begrenzen.

2. Die ädilitischen Klagen: Die Aedilen hatten u. a. auch die Aufsicht über den Sklaven- und Viehmarkt (vgl. Bd. I S. 147, 178 f.). In dieser Eigenschaft stellten sie in ihrem Edikt gewisse Grundsätze für den Kauf von Sklaven und Vieh auf, die für Stipulationsformulare maßgebend wurden. Der Verkäufer haftete darnach wegen aller bei der Verhandlung und ihrer Vorbereitung angegebener Eigenschaften der Kaufsache, dicta promissa, aber auch für solche Abweichungen von ihrer gewöhnlichen Beschaffenheit, welche ihre Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit beeinträchtigten und nicht offen zutage traten, heimliche Mängel. Nachdem der Kauf als Konsensualkontrakt anerkannt worden war, galten diese Grundsätze als stillschweigende Vertragsbedingungen, als ob sie stipuliert wären. Der Käufer hatte darnach zwei Klagen zu seiner Wahl: a) die actio redhibitoria oder Wandelungsklage, b) die actio quanti minoris oder Minderungsklage; erstere ging intra sex menses utiles auf Rückgängigmachung des Kaufs (Rückzahlung des Preises unter Rückgabe der Sache); letztere ging intra annum utilem auf entsprechende Herabminderung des Kaufpreises. — Später wurden diese Klagen auf alle anderen Sachen, auch auf solche, die nicht Gegenstände des Sklaven- und Viehmarkts bildeten, ausgedehnt.

Vielleicht erst gegen Ende der Republik kam zu diesen besonderen Klagen die allgemeine actio empti venditi hinzu, welche das ganze Obligationsverhältnis in sich aufnahm; die actio venditi geht auf Zahlung des Preises, sie setzt Erfüllung voraus; die actio empti geht auf Ueberlieferung der Sache (oder Gewährung des verkauften Rechts) oder auch auf Auflösung des Geschäfts, z. B. wegen dolus, wegen Irrtums, endlich auf das Entwehrungsinteresse (Eviktionsleistung). Wenn der Käufer erfährt, daß die gekaufte Sache nicht Eigentum des Verkäufers war, so hat er nicht sofort die actio empti; nach römischem Recht geht die Verpflichtung des Verkäufers nicht auf dare (Eigentumsübertragung, wie im BGB.), sondern auf bloßes habere licere d. h. auf Gewährleistung des ungestörten und die Ersitzung ermöglichenden Besitzes.

Quellenstellen: Gajus III § 139: Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, si ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.

§ 3 J. h. t. 3, 23: Cum autem emptio et venditio contracta sit, . . periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet non fuerit nactus, pretium solvere; quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post venditionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est.

L. 16 § 1 D. de evict. 21, 2: Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.

Aedilitisches Edikt: Nach L. 1 § 1 D. h. t.: Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque (eaque?) omnia, cum ea mancipia veneunt, palam ac recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, (fuisset), quod eius (nomine) praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve arenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto; ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius,

si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus. Vgl. L. 38 pr. eod.: Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur (Hal. traduntor). Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quanto minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur; dazu l. 38 § 5 eod. Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditoris faciunto.

Vgl. ferner l. 59 D. de c. e. 18, 1: Cum venderes fundum, non dixisti „ita ut optimus maximusque"; verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestario debere. — — Mucius et Sabinus existimant, . . . si ut optimus maximusque esset, traditus (mancipatus?) fuerit fundus . . . liberam ab omni servitute praestandum.

Wenn der Verkäufer eines Grundstücks weniger als die Hälfte seines Werts als Preis erhielt, so sollte er nach einer Bestimmung Diokletians und Maximians wegen sogenannter laesio enormis oder Verletzung über die Hälfte, das Recht haben, den Kauf rückgängig zu machen, falls der Käufer nicht bereit ist den Kaufpreis bis zum wahren Wert zu erhöhen. Vgl. l. 2 Cod. h. t.: (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Lupo.) Rem maiores pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio accipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta est (a. p. Chr. 285). Vgl. l. 22 § 3 D. locati. 19, 2: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. L. 6 Cod. l. c. (Diocl. et Max.) Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. L. 8 Cod. ibid. (Dioclet. et Max.) Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est . . . nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emtori praestita servanda.

Die Bestimmung wurde gemeinrechtlich auf alle Kaufgeschäfte, auch auf den Käufer ausgedehnt. Sie ist für Immobilienverkäufer in den Code Nap. Art. 1674—85, allgemein in das österr. BGB. §§ 934, 935 aufgenommen. Das BGB. hat sie beseitigt.

Literatur: Vgl. Girard, Etudes historiques sur la formation du système d'éviction en droit romain 1884; Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatr. 1885; Karlowa, Rechtsgeschichte II, 1888.

Im BGB. vgl. §§ 443—515. Dazu im Vergleich mit dem röm. Recht Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. II S. 246—270. Im Schweiz. OblR. vgl. Art. 229—267.

II. Miete (locatio, conductio): Miete in ihrem weitesten, freilich dem Geiste der deutschen Sprache nicht angemessenen rechtswissenschaftlichen Sinne ist jeder Vertrag, der die vorübergehende Ueberlassung eines Gegenstandes zum Gebrauch oder der Arbeitskraft einer Person zur Benutzung gegen Geld zum Gegenstand hat. Bildet die Ueberlassung einer Sache oder eines Rechts den Gegenstand des Vertrags, so heißt sie locatio conductio rerum, Sachmiete (bei fruchttragenden Grundstücken Pacht). Bildet die Arbeitskraft einer Person den Gegenstand des Vertrags, so heißt dieser Arbeitsvertrag, wenn zu leistende Dienste als solche seinen Gegenstand bilden, locatio conductio operarum (Dienstmiete), wenn aber lediglich der Erfolg der Arbeit in Frage kommt, locatio conductio operis (Werkvertrag).

Wie beim Kauf (emptio, venditio), so deutet auch bei diesen Verträgen die Doppelbezeichnung locatio conductio darauf hin, daß ihr rechtswirksamer Abschluß ursprünglich zwei Stipulationen voraussetzte, eine stip. locati, durch die sich der locator (Vermieter) das Geldäquivalent versprechen ließ, und eine stip. conducti des Mieters, gerichtet auf Ueberlassung der Sache oder der Dienste. (Zu beachten ist, daß beim Werkvertrage der locator [Verdinger], derjenige ist, welcher die Arbeit, d. h. die Aufgabe, das Werk zu fordern hat, conductor derjenige, welcher das Werk [opus], die ihm gestellte Aufgabe übernimmt [der Unternehmer]). Wie der Kaufvertrag, so sind auch diese Verträge erst im jus gentium als formlose Konsensualverträge anerkannt worden.

Wesentlich ist, daß das Aquivalent für die Sachbenutzung oder Arbeitsleistung stets in Geld bestehen muß (pensio, merces).

Gegenstand der Dienstmiete (locatio conductio operarum) konnten nur sogenannte operae illiberales sein d. h. Handarbeiten, die keine besondere künstlerische oder wissenschaftliche Ausbildung voraussetzen, sogenannte „operae locari solitae". Der Grund dieser Beschränkung lag einerseits in der Sklavenwirtschaft, die neben der freien Arbeit nur eine aushelfende, ergänzende Rolle spielte, andrerseits in jener antiken sittlichen Auffassung der freien Arbeit, die vor allem in dem schönen Ausspruche Ulpians hervortritt: „civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda." Vgl. darüber vor allem v. Ihering, Geist des römischen Rechts III S. 432 ff., Zweck im Recht I S. 695 ff. Diese Auffassung schloß übrigens nicht aus, daß auch höhere, geistige Arbeit in Rom freiwillig sehr gut „honoriert"

wurde. Wer sich jedoch ein „Honorar" rechtswirksam sichern wollte, war auf die Stipulation angewiesen. (Erst in der Kaiserzeit wurde auch bei einem bloßen pactum eine actio praescriptis verbis gewährt und, wenn kein bestimmtes Honorar zugesichert war, eine cognitio extraordinaria gegeben, vgl. Bd. I S. 324 f.).

Quellenstellen: Vgl. l. 17 § 3 D. 19, 5; § 2 J. III, 24: Sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit: et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est.

§ 5 J. h. t.: Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare; qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

L. 13 § 11 eod.: Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, reconduxisse videbitur... Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur locationem renovasse, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum; sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quod tacuerunt, consensisse videntur; et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur: nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. (Trib.?)

L. 25 § 1 eod.: Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

L. 5 § 1 de V. S. 50, 10. Opere locato conducto, his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

L. 3 § 1 D. 4, 9: si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto .. agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur.

Zuweilen kann es zweifelhaft sein, ob Kauf oder Miete gewollt ist. Vgl. Gajus III, § 116: Si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur: et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati

sint, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione an locatione.

§ 4 J. III, 24: Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos mihi faceret, et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionem contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi: atqui si meum aurum ei dederim, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

Locatio conductio irregularis? Vgl. L. 31 D. h. t.: In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione? Respondit: rerum locatarum duo genere esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim tabulis aut aeronibus aut in alia cupa clausum uniuscuisque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento; quoniam alicui primum reddere necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam ceterorum. Vgl. darüber Sell im civ. Arch. XIX S. 318 ff. Puchta, Vorlesungen II S. 214 ff. Buchholtz, a. a. O. S. 8 ff.

Aus der Literatur vgl.: Burckhard, Zur Geschichte der locatio conductio 1889. Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. II S. 272 ff. (Werkvertrag), S. 283 ff. (Dienstvertrag), S. 291—318 (Sachmiete). Im BGB. §§ 631—651, 610—630, 535—586. Im Schweiz. Obl.-R. Art. 338—349 (Dienstvertrag), Art. 350—371 (Werkvertrag), Art. 274—295 (Miete), Art. 296—320 (Pacht).

III. Auftrag (mandatum) ist der Konsensualvertrag, durch den sich der Beauftragte (Mandatar) verpflichtet, ein ihm vom Auftraggeber (Mandanten) übertragenes Geschäft unentgeltlich zu besorgen. Gegenstand des Auftrags kann sowohl eine rechtsgeschäftliche Handlung als auch jede beliebige tatsächliche Dienstleistung sein. Wesentlich ist nur, daß der Auftrag einen selbständigen

Charakter habe und nicht z. B. einen bloßen Bestandteil eines anderen Rechtsgeschäfts z. B. eines Verwahrungsgeschäfts, eines Kaufgeschäfts, eines Dienstvertrags bilde. In der Regel wird der Auftrag lediglich im Interesse des Auftraggebers d. h. „mea gratia" (vom Standpunkte des Mandanten) erteilt, er kann jedoch auch im bloßen Interesse eines Dritten (aliena gratia) erteilt werden, kein Auftrag liegt jedoch vor, wenn ausschließlich das Interesse des Beauftragten in Frage steht. Häufig ist mit dem Auftrag eine Vollmacht verknüpft; es zeugt aber von Mangel an juristischem Unterscheidungsvermögen, wenn sogar einzelne Romanisten (z. B. Böcking, Inst. S. 148) den Auftrag als Bevollmächtigungsvertrag bezeichnen; die Vollmacht bezeichnet nur die sogenannte Vertretungsmacht nach außen, nicht das rein obligatorische Verhältnis, das ihr zugrunde liegt, das abgesehen vom Auftrag sehr mannigfacher Art, auch ein gesetzliches Recht sein kann. Aus der Obligation zwischen dem Mandanten und dem Mandatar entsteht für ersteren die actio mandati directa, gerichtet auf vertragsmäßige Erfüllung des Auftrags und Restitution alles dessen, was durch das Geschäft an den Mandatar gekommen ist, worüber er Rechnung zu legen hat. Der Beauftragte hat jede Fahrlässigkeit zu vertreten (er haftet für omnis culpa); er haftet auch für die Sorgfalt seines Substituten, falls ihm die Uebertragung des Auftrags auf einen anderen überhaupt (stillschweigend oder ausdrücklich) gestattet ist.

Der Auftraggeber dagegen haftet dem Mandatar mit der actio mandati contraria auf Ersatz des für die Erfüllung des Auftrags gemachten Aufwands (nebst den Zinsen, die ihm durch Verwendung seines Geldes entgangen sind), sowie auf Befreiung von den zwecks Ausführung des Geschäfts übernommenen Verbindlichkeiten. Auch der Mandant hat für jede Fahrlässigkeit einzustehen. Sowohl die actio m. directa, wie die actio m. indirecta war eine actio famosa (S. 45 oben).

Das Mandat erlischt durch Widerruf und den Tod einer Partei, jedoch durch Tod des Mandanten nicht in dem Falle, wenn der Auftrag auf etwas nach dem Tode des Mandanten zu Vollziehendes gerichtet ist. Die schon begründete actio geht auf die Erben über.

Quellenstellen: L. 6 pr. D. h. t. 17, 1: Mandatum, nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio atque amicitia tratuit; contrarium ergo est officio merces. L. 2 pr. § 1, 2, 6 h. t. Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive

tua et aliena. § 1. Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras, vel ut fundum mihi emeres, vel ut pro me fideiubeas. § 2. Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo fideiubeas. — § 3. Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces quam foeneres, vel ex diverso ..: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatam et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur.

§ 5 ib. Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quodsi, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum.

L. 47 D. de R. J. 50, 17: Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas interrescit, de dolo actio competit.

Ueber das mandatum in rem suam s. S. 288 oben. Das sogenannte mandatum qualificatum S. 297 oben.

Literatur: Carlebach, Die actio mandati 1896. Isay, Die Geschäftsführung 1900. Pipia, Teoria del mandato, 1902.

IV. Die Gesellschaft (societas). Kauf und Miete sind entgeltliche (egoistische) Geschäftsverträge, der Auftrag ist ein sogenanntes liberales Geschäft, ein Gefälligkeits- oder Freundschaftsvertrag. (v. Ihering, Zweck im Recht I S. 100). Auch der Gesellschaftsvertrag ist selbstnützigerArt, wie Kauf und Miete; allein „die Lage, in welche der Egoismus bei der Sozietät gelangt, ist eine wesentlich andere", als bei jenen Tauschverträgen (im weitesten Sinne). Vgl. v. Ihering a. a. O. S. 213: hier „geht das eigene Interesse mit dem fremden Hand in Hand. — Soll also die Sozietät ihren Zweck erfüllen, so muß dieser Gedanke der Solidarität der Interessen beiden Teilen als Leitstern dienen". Die Gesellschaft ist eine Vereinigung mehrerer zur Verfolgung desselben vermögensrechtlichen Zwecks. Sie galt den Römern als eine Art von brüderlichem Verhältnis (jus quodammodo fraternitatis in se habet, l. 63 pr. D. 17, 1); für sie galt darum im Gegensatz zu der bei den Tauschverträgen anerkannten Freiheit gegenseitiger (nicht freilich arglistiger) Uebervorteilung der Grundsatz der Gleichheit (nicht der äußerlich mechanischen, sondern der innerlichen, l. 6, l. 29 pr. l. 80 h. t.); eine Verurteilung wegen Betrugs in einem Sozietätsverhältnis bewirkte Infamie, auch nach Aufhebung des Verhältnisses schuldeten die socii sich Schonung bei der Exekution (beneficium competentiae).

Im übrigen ist die römische rechtliche Sozietät noch keine Organisation der gemeinschaftlichen Zwecke, wie die deutschrechtliche, sie schafft nur die obligatorische Verpflichtung, nicht vertragswidrig über Anteile an gemeinsamen Gegenständen zu ver-

fügen. Die actio pro socio ist für jeden socius gegen jeden anderen eine actio directa. Jeder socius haftet für diligentia, quam suis rebus adhibere solet.

Die Gesellschaft ist jederzeit kündbar, wenn sie nicht auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist. Auch dann kann sie einseitig aufgelöst werden. Denn die genügend gekennzeichnete Natur des Vertragsverhältnisses duldet keinen Zwang. Allein im Falle unzeitiger Kündigung gilt die Regel: „socium a se, non se a socio liberat" d. h. der Kündigende haftet aus den bereits in Angriff genommenen Geschäften seinem socius für etwaige Verluste ohne Anrecht auf den Gewinn dieser Geschäfte, sofern sie nach der Kündigung solchen bringen.

Außerdem endet die Gesellschaft als höchstpersönlicher Vertrag auch durch Tod oder capitis deminutio (nach Justinianischem Recht nur durch maxima oder media) und durch Konkurs eines Gesellschafters. Normalerweise selbstverständlich endet sie durch Erreichung ihres Zwecks, sowie durch evidente Unmöglichkeit des Zwecks.

Quellenstellen: L. 70 h. t., l. 14 § 2 D. C. d. 10, 3: Nulla societatis in aeternum coitio est. — Si conveniat, ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. pr. J. h. t.: Societatem coire solemus aut totorum bonorum ... κοινοπραξίαν .. aut unius alicujus negotiationis.

L. 29 D. h. t. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae, vel cuiuscunque alterius rei causa. § 1. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat; quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. § 2. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. — L. 30 eod. Mucius scribit, non posse (probe?) societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. cf. Gai. II, 149.

Literatur: Vgl. Leist, Zur Geschichte der societas 1880. Pernice, Labeo I, 443. Savigny-Zeitschr. 3, 48; 9, 232.

Im BGB. vgl. §§ 705—740 (Die Gesellschaft des BGB. ist kein rein obli-

gatorisches Verhältnis, hat vielmehr auch die Bedeutung einer „Organisation“, sie beruht auf dem deutsch-rechtlichen Grundsatz der „gesamten Hand“). Im Schweizer. Obl.-R. vgl. Art. 524—551; vgl. auch im Schweizer. Zivilgesetzb. Art. 59.

Zu den Konsensualkontrakten trat auf Grund einer besonderen Bestimmung des Kaisers Zeno, der damit eine Streitfrage schlichtete, noch der contractus emphyteuticarius (vgl. oben S. 274). L. 1 cod. h. t. 4, 66.

§ 81. Die klagbaren und klaglosen Pacta.

I. Das Wort „pactum“ bezeichnet allgemein jede formlose Willenseinigung. Grundsätzlich hatte ein solches pactum in älterer Zeit keinerlei rechtliche Bedeutung, abgesehen von zwei Ausnahmen: a) Bei Delikten konnte die Buße (poena) durch bloßes pactum festgesetzt werden, z. B. beim furtum, beim membrum ruptum (vgl. l. 7 § 14 D. de pactis 2, 14). b) Nach dem Satze der XII Tafeln: „Cum nexum faciet mancipium que, uti lingua nuncupasset, ita jus esto“ war jede diesen Formalgeschäften hinzugefügte „Auflage“ (lex rei suae dicta) rechtlich bindend. (Vgl. dazu v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV, 327, Jahrb. X S. 550 ff.). Dieser Grundsatz ging später auf die bloße Tradition über.[1])

Im klassischen Recht wurde die Bedeutung des pactum erheblich verstärkt. Zwar hielten die Juristen auch jetzt noch an dem Grundsatze fest, daß ein „nudum pactum“ keine Klage erzeuge. Sie räumten ihm jedoch zwei Wirkungen ein: a) defensiv die Wirkung einer Einrede; — wenn der Gegner einen Anspruch geltend macht, der gegen ein pactum verstößt, so kann der Beklagte sich auf das pactum berufen, er hat die exceptio pacti (z. B. pactum de non petendo, pactum de non petendo infra tempus).

b) Ausnahmsweise gewährt man jetzt aber auch auf Grund eines pactum offensive Rechtsmittel, Klagen. Man könnte hierher zunächst schon die Fälle rechnen, wo sich das pactum an eine besondere causa, auf eine Leistung des Klägers anschließt (Innominatcontracte, S. 311 f. oben). Aber hier handelt es sich eben nicht mehr um ein pactum nudum; die Juristen bezeichneten solche pacta als pacta vestita.[2]) Für die pacta nuda galten jetzt folgende Grundsätze. Man unterschied bei ihnen folgende Arten der klagbaren pacta:

---

[1]) Vgl. L. 48 D. de pact. 2, 14: In traditionibus rerum quodcunque pactum sit id valere manifestissimum est.

[2]) Vgl. L. 7 § 2 D. h. t. 2, 14: Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem.

1. pacta adjecta: Wenn einem bonae fidei-Kontrakt unmittelbar nach dessen Abschluss noch ein Nachtrag hinzugefügt worden war, so nahm man ex fide bona an, daß dieser noch einen Teil des Kontrakts selber bilde, also an der Klagbarkeit des Hauptgeschäfts teilnehmen müsse. Wenn ein solches pactum adjectum erst geraume Zeit später geschlossen wurde, so gaben die Juristen anfänglich daraus nur eine Einrede (S. 322[a] oben), keine Klage. Allein schließlich erklärten sie auch ein solches pactum in der Weise für vollwirksam, daß sie Aufhebung des früheren und Abschluß eines völlig neuen Vertrags unterstellten; sofortige Nachträge (pacta adjecta) wurden jetzt sogar als Bestandteile der Stipulation zugelassen.

Vgl. L. 7 § 5 D. h. t. 2, 14: Quinimmo interdum (pactum) format ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. sed hoc sic accipiendum est, si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; si ex intervallo, non inerunt nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. et si in tutelae actione convenerit, ut majores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est, quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eamdem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei negotiis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.

§ 6 eodem: Adeo autem bonae fidei judiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei judiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libr. VI ad edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatur contractus. Quod non insubtiliter dici potest. — — L. 72 D. pr. i. f.: de contr. emptione 18, 1: — — Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.

2. Pacta praetoria: In einzelnen besonderen Fällen gewährte außerdem der Prätor eine Klage aus bloßem pactum. Hierher gehört das receptum arbitrii: — wenn jemand auf Grund eines von den Parteien abgeschlossenen Schiedsvertrags (compromissum) sich formlos zur Abgabe des Schiedsspruches verpflichtet

hatte, so konnte er vom Prätor zur Abgabe des Schiedsspruches genötigt werden. Ferner zählt man vielfach hieher das receptum nautorum, cauponum et stabulariorum, die Haftung der Schiffer, Gastwirte und Stallwirte aus der Aufnahme von Gästen, die aber zutreffender wohl aus dem quasideliktischen Gesichtspunkte aufgefaßt wird. Vgl. unten cap. V S. 336.

3. Das constitutum (pecunia constituta, Zahlungsversprechen): Der Prätor verlieh auch dem formlosen pactum Klagbarkeit, durch das jemand seinem Gläubiger die Erfüllung einer bereits vorhandenen Verbindlichkeit verspricht, und zwar sowohl, wenn es sich dabei um eine eigene Verbindlichkeit des Schuldners handelte (constitutum debiti proprii), z. B. um eine bislang bloß natürliche Verbindlichkeit (naturalis obligatio, S. 281 oben) klagbar zu machen, als auch, wenn eine fremde Verbindlichkeit in Frage steht (constitutum debiti alieni, eine Unterart der Bürgschaft, S. 297 f. oben).

Ursprünglich mußte ein solches constitutum durch Stipulation vollzogen werden; die sponsio enthielt den Vorbehalt: „eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse". Vgl. Gajus III, 124; IV, 171. L. 18 § 1 D. de pec. const. 13, 5. Der Prätor gab dann die actio pecuniae constitutae auch auf Grund des formlosen Vertrages; wie die Bezeichnung andeutet, jedoch nur, wenn eine bestimmte Geldsumme in Betracht kam. Erst Justinian hat die Klage auf alle und jede Art von Schulden, auf alle fungiblen Gegenstände erweitert. „Konstituierte" ein argentarius (Bankier), dessen constitutum schon nach klassischem Recht nicht auf Geld beschränkt war, so hieß die Klage actio recepticia; im Interesse des öffentlichen Kredits wurde der Bankier mit dem Einwande, daß die Verbindlichkeit nicht bestanden habe, „ad separatum" (auf die condictio indebiti) verwiesen. L. 2 pr. § 2 Cod. de const. pec. 4, 18. — Vgl. hierzu Bähr, Die Anerkennung. 2. Aufl. § 30.

4. Die pacta legitima: Auch das spätere Zivilrecht (Gesetz und Gewohnheitsrecht) hat noch gewissen formlosen Verträgen die Klagbarkeit zugestanden. Dem Wesen der Sache nach sind damit diese Verträge den Konsensualkontrakten gleichgestellt worden. Der Begriff des Konsensualkontrakts im römischen Recht ist eben kein logischer, sondern ein rein rechtsgeschichtlicher; man bezeichnet damit ausschließlich diejenigen formlosen Verträge, welche schon im klassischen Recht durch bloßen consensus klagbar wurden. Als klagbare Verträge des späteren Zivilrechts in diesem Sinne (pacta legitima) sind hervorzuheben: a) Das formlose Versprechen einer dos, promissio dotis. Vgl. c. 6 Cod. de dotis promissione 5, 11 (Theodos. II und Valentinian III, S. 91 f. oben).

b) Das Schenkungsversprechen (pactum de donando).

Zutreffend kennzeichnet v. Ihering das gesetzgeberische Motiv dieser neueren Bestimmungen im Geist des römischen Rechts III S. 486: „Der Stempel des Geschäftlichen, den die Form an der Stirn trägt, macht die vom Recht begehrte Anwendung desselben in manchen Lebenslagen äußerst schwer; die sozialen Formen legen nicht selten gegen die juristische Form ein Veto ein; wer könnte überall, wo eine Verabredung getroffen wird, mit der juristischen Form dareinfahren, wer sich jedes Anerbieten oder Versprechen schwarz auf weiß geben lassen? Ein solches Verfahren würde nicht bloß in manchen Verhältnissen eine Verletzung aller Rücksichten des Anstandes und der Sitte, eine grobe Taktlosigkeit, sondern nicht selten durch das in ihr sich äußernde Mißtrauen eine schwere Beleidigung des anderen Teils enthalten. In Wirklichkeit erreicht die Form hier den gerade entgegengesetzten Erfolg von dem, den sie bezweckt; denn anstatt die Sicherheit des Kontrahierens zu erhöhen, schließt sie dieselbe völlig aus, verweist den Handelnden von dem festen Boden des Rechts auf den unsicheren des persönlichen Vertrauens.“

Nach Beseitigung der früheren gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung (lex Cincia, Bd. I S. 209) hatte Konstantius Chlorus (der Vater Konstantins, 305) die gerichtliche Insinuation (Protokollierung) der Schenkung gefordert. Justinian ließ dieses Formerfordernis nur für die sogenannte große Schenkung über 500 Solidi bestehen (nach gemeinem Recht = 4666 ℳ 67 ₰).

Nach BGB. §§ 516—534 ist die vollzogene Schenkung formlos, dagegen die Gültigkeit des Schenkungsversprechens (§ 518) an gerichtliche oder notarielle Beurkundung gebunden. Im Schweiz. Zivilgesetzb. vgl. EinfGes., Schweiz. Obl.-Recht Art. 273a—273p, insbesondere 273e.

Kapitel IV.

Deliktsobligationen.

(Die Privatdelikte des römischen Rechts).

§ 82. Begriff des privatrechtlichen Delikts (Die unerlaubte Handlung).

Eine Rechtsverletzung kann bloß objektiver Art sein. Es gibt auch ein schuldloses Unrecht. Beispielsweise kann jemand in der besten Ueberzeugung von seinem Recht, in entschuldbarer Annahme eigenen Eigentums oder berechtigter Notwehr in die Rechtskreise

eines anderen eingreifen. Diese begriffliche Scheidung zwischen schuldloser (unbefangener) objektiver und subjektiver Rechtswidrigkeit ist eine allmähliche Errungenschaft des römischen Privatrechts und wird neuerdings von einzelnen Theoretikern zu Unrecht wieder in Frage gestellt. Subjektive Rechtswidrigkeit setzt Wissen und Wollen des Unrechts oder wenigstens fahrlässige Nichtbeachtung der Rechtspflichten voraus. Hierauf beruht die besondere Bedeutung der privatrechtlichen Deliktsansprüche. Sofern ein subjektives Verschulden in Kontraktsverhältnissen zutage tritt, reicht zwar in der Regel die Kontraktsklage zum Schutz des Verletzten aus. Gegen schuldhafte Rechtswidrigkeit ist aber auch ein über vertragsmäßige Verbindlichkeiten hinausragender Rechtsschutz unentbehrlich. Ihm dienen die privatrechtlichen Deliktsklagen. Diese setzen voraus, daß Rechte verletzt sind, die nicht erst durch den Vertrag der Parteien entstanden, sondern die von der Rechtsordnung ohnehin anerkannt sind. Vor allem kommen für sie in Frage das Recht der Persönlichkeit und das Eigentum mit seinen verschiedenen Abstufungen und Verzweigungen (jura in re). Gemeinsame Voraussetzung aller Deliktsansprüche ist: a) ein bestimmter objektiver Tatbestand, den das Gesetz unmittelbar als Rechtsverletzung anerkennt, b) die subjektive Zurechenbarkeit einer bestimmten Person. Letztere kann sich entweder als Vorsatz (dolus) oder Fahrlässigkeit (culpa im engeren Sinne) kennzeichnen lassen. Vgl. unten Kap. V.

Nur wenn diese beiden Voraussetzungen vorhanden sind, liegt eine unerlaubte Handlung (Delikt) vor. Als Folgen eines Delikts kommen zwei verschiedene Ansprüche des Verletzten in Betracht, nämlich: a) der Anspruch auf Ersatz des Schadens (actio reipersecutoria), b) vielfach auch ein Anspruch auf besondere persönliche Genugtuung (Privatstrafe, Buße, actio poenalis).

§ 83. **Die Privatdelikte des römischen Rechts.**

Die Delikte des älteren römischen Rechts stehen sämtlich im Banne einer „materialistischen (sinnlichen) Anschauungsweise“ (vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III S. 424 ff.). „Das Handgreifliche, Aeußerliche, Sinnliche, in die Augen Fallende ist der Grundzug aller Begriffe des älteren Rechts“. Dies zeigt sich vor allem nicht nur bei der Regelung des Diebstahls, der im älteren Recht noch ein bloßes Privatdelikt bildete (Bd. I S. 72 f.), sondern auch bei dem Begriffe der injuria.

1. Furtum: Objektiv ist der Tatbestand dieses Eigentumsvergehens im römischen Recht umfassender, als der des heutigen Diebstahlsbegriffs. Furtum ist jede bewußt widerrechtliche Aneignung einer fremden beweglichen Sache oder ihres Gebrauchs. Subjektiv ist er enger. Denn die Aneignung muß in gewinnsüchtiger Absicht erfolgt sein (lucri faciendi causa).

Man unterscheidet: a) furtum rei (Sachdiebstahl). — Unter diesen Begriff fällt auch die Unterschlagung des heutigen Strafrechts d. h. nicht nur die Wegnahme aus fremden Gewahrsam (Diebstahl im heutigen Sinn), sondern jede gewinnsüchtige Verfügung über eine fremde bewegliche Sache, z. B. die wissentlich widerrechtliche Annahme einer für den Empfänger nicht bestimmten Zahlung. — b) furtum possessionis: d. h. den Fall, daß jemand seine eigene Sache dem Dritten, dem daran ein dingliches Recht zusteht oder der an ihr besitzberechtigt ist (z. B. als Faustpfandgläubiger) heimlich wieder entzieht. c) furtum usus: Anmaßung des Gebrauchs oder Nutzens oder selbst bloße Ueberschreitung des Gebrauchs. Als reipersekutorischer Anspruch steht die sogenannte condictio furtiva nur dem durch das furtum verletzten Eigentümer zu, sie ist gerichtet auf Herausgabe der Sache mit Früchten und Akzessionen oder auf den Wert und das volle Interesse. Die Poenalklage, actio furti dagegen steht jedem zu, dessen rechtliches Interesse durch den „Diebstahl“ verletzt ist; gerichtet ist sie auf eine Privatstrafe, die beim furtum manifestum den vierfachen Wert (quadruplum), beim furtum nec manifestum den doppelten Wert (duplum) der Sache beträgt.

2. Rapina (vi bona rapta), Raub ist die mit Gewaltanwendung gegen die Person verbundene Aneignung einer fremden Sache. Ursprünglich fiel der Raub lediglich unter den Begriff des furtum manifestum. Erst das prätorische Edikt (edictum Luculli, Ende des 7. Jahrhunderts) gewährte eine besondere Klage gegen diejenigen, die „dolo malo hominibus armatis coactisque damnum darent sive bona raperent“. In der Kaiserzeit wurde nur noch vis, nicht mehr vis armata erfordert. Die Klage ging unter Einschluß der rei persecutio auf das quadruplum.

3. Damnum injuria datum: rechtswidrige verschuldete Vernichtung oder Beschädigung einer fremden Sache. An Stelle der anfänglichen Bestimmungen der XII Tafeln für dieses Delikt trat im 5. oder 6. Jahrhundert der Stadt ein vom Volkstribunen Aquilius

beantragtes Plebiszit, die lex Aquilia. Dieses bestimmte in seinem ersten Kapitel, daß, wer einen fremden Sklaven oder ein fremdes Herdenvieh tötet, dafür den höchsten Wert zahlen soll, den dieses Vermögensstück im letzten Jahre gehabt hat. Der Inhalt seines zweiten Hauptstücks war bis zur Auffindung des Gajus unbekannt; er bestimmt, daß gegen einen adstipulator, der in doloser Weise den Schuldner entlastet, die actio doli zulässig ist. — Bedeutsam für die Entwicklung des privaten Deliktsrechts wurde lediglich das dritte Hauptstück: „de omni cetero damno cavetur; si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit . . .: non quanti in eo anno, sed quanti [plurimi] in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit". (Gajus III, 210, 215, 217 ff.). Die Praxis der älteren Zeit entwickelte aus diesem Kapitel zunächst den Begriff eines damnum corpore corpori datum d. h. der Beschädigung eines körperlichen Gegenstandes durch unmittelbare positive äußerliche Einwirkung, also das Delikt der Sachbeschädigung. Diese Praxis stand anfänglich ganz im Banne einer materialistischen Auffassung. (Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III § 43 S. 425 ff.). Wer z. B. durch Oeffnen des Käfigs das Entfliehen eines Tieres verschuldete, haftete noch nicht nach dieser Ansicht, da das Tier nicht beschädigt war. Erst die spätere Doktrin und Praxis der klassischen Juristen und des Prätors hat durch Gewährung einer actio in factum oder auch einer actio utilis (vgl. I S. 238) die actio legis Aquiliae zu einer allgemeinen Klage wegen Vermögensschädigung erweitert, die nunmehr auch den Fall umfaßt, daß der Körper einer freien Person verletzt wird.

4. Injuria: Im weitesten Sinne heißt jedes wissentliche Unrecht injuria, im engeren Sinne verstand man darunter eine absichtliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts, vor allem der Ehre. Die Bestimmungen der XII Tafeln beschränkten sich auf bestimmte Fälle der Realinjurie; es war lediglich die äußere Art der Beschädigung maßgebend; das „membrum ruptum" führte, wenn die Parteien sich nicht über eine Sache einigten, zur Talion, das „os fractum vel collisum" wurde bei Freien mit 300 as, die Ohrfeige mit 25 as gebüßt. Vgl. I S. 165. Unter Aufhebung dieser Bestimmungen führte der Prätor die sogenannte actio injuriarum aestimatoria ein, welche auf eine vom Richter der Schwere des Einzelfalles anzupassende Geldstrafe gerichtet war. Daneben waren gewisse schwerere Fälle der Ehrverletzung durch eine lex Cornelia mit

öffentlichen Strafen bedroht (pulsare, verberare, Hausfriedensbruch, vgl. l. 5 pr. D. h. t. 47, 10).

5. Doli actio: Als subsidiäre Klage stand dem Verletzten wegen jeder absichtlichen, rechtswidrigen Beschädigung, wenn sie nicht unter den Begriff eines anderen Delikts fiel und auch nicht durch eine andere Klage geltend gemacht werden konnte, die actio doli zu. Sie war eine famosa actio (vgl. S. 45 oben), gerichtet auf vollen Schadensersatz; nach zwei Jahren ging sie jedoch als actio in factum nur noch auf die Bereicherung.

Quellen und Literatur: Zu 1 vgl. Schirmer, Sav.-Zeitschr. 5, 207. Krüger, das. 5, 219. Schloßmann, das. 18, 196. Karlowa, Rechtsgesch. II, 774, 1322. Hitzig, Sav.-Zeitschr. 23, 315.

L. 1 § 3 D. h. t. 47, 2: Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel rei ipsius, vel etiam usus eius possessionisve.

L. 68 eodem: Infitiando depositum nemo facit furtum: nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum sit; sed si possessionem eius adipiscatur intervertendi causa, facit furtum. — L. 3 § 18 D. 41, 2: Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.

L. 42 D. loc. 19, 2: Si locatum tibi servum subripias, utrumque iudicium adversus te est exercendum, locati et furti.

L. 22 § 7 D. mand. 17, 1: Si tibi centum dedero, ut ea Titio dares, tuque non dederis sed consumpseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait: at si ita dederim, ut quae velles dares, mandati tantummodo. — L. 5 § 16 D. h. t.: Julianus scripsit, si pecuniam quis a me acceperit, ut creditori meo solvat, deinde cum tantam pecuniam eidem creditori deberet, suo nomine solverit, furtum eum facere.

L. 18 D. cond. furt. 13, 1: Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.

Zu 2: L. 2 pr. D. h. t.: Si cui (vi) dolo malo hominibus coactis (armatisve) damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, (intra annum, quo primum de ea re experiendi potestas fuerit, in quadruplum, post annum in simplum) judicium dabo.

Zu 3: Vgl. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen, 1867. Labeo II, 60. Savigny-Zeitschr. 17, 205. v. Weinrich, Die Haftpflicht wegen Körperverletzungen und Tötungen von Menschen, 1883. Grueber, The Roman law of damage to property 1886. v. Thur, Die Schätzung des Schadens in der lex Aquilia, 1892. Ferrini, Riv. ital. per le scienze giurid. 12, 18. Karlowa, Rechtsgesch. II, 793.

Gajus III, § 179: Placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato, utiles actiones dantur: veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur.

L. 7 § 6 D. h. t.: Celsus multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut, qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur; unde adfert eum, qui venenum pro medicamento dedit, et ait causam mortis praestitisse.

Coll. XII, 7 §§ 4, 5: Si stipulam in agro tuo incenderis ignisque evagatus ad praedium vicinum pervenerit et illud exusserit, .. Celsus ait .. Aquilia lege non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit.

L. 9 § 2 D. h. t.: Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.

L. 27 § 14, 20 D. eod.: Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, .. in factum agendum ..: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit. — Item si quis frumento arenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit.

§ ult. J. h. t.: Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, .. placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

L. 30 § 2 D. h. t.: Si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio.

L. 33 § 1 D. h. t.: In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.

Zu 4: Vgl. Hitzig, Injuria im griechischen und römischen Recht, 1899. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 788; 1328. Pernice, Labeo II, 19. Landsberg, Injuria und Beleidigung, 1886. R. Leonhard, Der Schutz der Ehre im alten Rom, 1902.

Cicero, de republ. IV, 10, 12: Nostrae XII tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, ‚si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri'.

Festus h. v.: Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto. Neque id quid significet indicat; puto quia notum est: permittit enim lex parem vindictam.

Gajus III, § 224: Sed nunc alio iure utimur: permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris prout ei visum fuerit; sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

L. 15 § 2 D. h. t.: Ait praetor: ‚Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo'. — Ait praetor: ‚Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animaduertam'.

Zu 5: Vgl. Pernice, Labeo II, 200.

6: Zum Deliktsrecht rechnet die herrschende Ansicht überwiegend auch

die actio Pauliana, die allerdings gewisse Analogien mit der actio doli aufweist, nämlich eine vom Prätor Paulus eingeführte Klage auf Rückerstattung dessen, was ein Schuldner zwecks Verkürzung der Zwangsvollstreckung aus seinem Vermögen weggegeben hat (alienatio in fraudem creditorum). Zu unterscheiden waren ursprünglich jedoch ein besonderes interdictum fraudatorium (adipiscendae possessionis) und eine persönliche Strafklage, sowie eine Klage mit dinglicher Wirkung, die erst in der Justinianischen Kompilation verschmolzen sind. (Dig. 42, 8: Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur). Vgl. dazu des näheren Girard, Geschichte und System S. 461 ff. Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners 1903 (Festschr. für Schultze). Serafini, Della revoca degli atti fraudolenti 1887, 1889. Brezzo, Della revoca degli atti fraud. 1892. Dernburg, Pandekten II §§ 145 ff. Maßgebend sind zurzeit für das Deutsche Reich die Bestimmungen der Konkursordnung §§ 22—35 und das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 (20. Mai 1898), sogenanntes Anfechtungsgesetz.

Schließlich ist hier noch die sogenannte Syndikatsklage zu erwähnen. Ein Richter, der, sei es auch nur aus Versehen, eine Partei benachteiligte, mußte nach römischem Rechte dafür einstehen (judex litem suam fecit). Vgl. dazu P. Ustari, Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters. Zürich 1877. Im heutigen Recht gilt dies nicht mehr für die Rechtsprechung (Spruchrichter). Vgl. BGB. § 839.

Kapitel V.

§ 84. Vertragsähnliche, deliktsähnliche und sonstige Ansprüche.

I. Vertragsähnliche Ansprüche: In einzelnen Fällen, in denen tatsächlich die Voraussetzungen für einen Vertragschluß gegeben sind, ohne daß es jedoch eine Willenseinigung stattgefunden hat, fordert es die Billigkeit, daß auch ohne Vertrag, dennoch wie aus dem Vertrage, eine Verpflichtung anerkannt werde. Den wichtigsten dieser Fälle bildet 1. die negotiorum gestio, d. h. die Geschäftsführung ohne Auftrag. Wer ohne Auftrag oder sonstiges Amt fremde Geschäfte besorgt, haftet auf Grund des prätorischen Edikts, quasi ex contractu, für die erforderliche Sorgfalt bei der Uebernahme und Ausführung, bei Hülfe in dringender Not freilich nur wegen grober Fahrlässigkeit dem sogenannten dominus negotii d. h. dem Geschäftsherrn mit der actio negotiorum gestorum directa. Dagegen hat er auch mit der actio negotiorum contraria seinerseits Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen, falls entweder seine Geschäftsführung genehmigt wird, oder ihre Uebernahme im Interesse des Herrn lag (negotium utiliter coeptum). Immerhin darf der Geschäftsführer nicht gegen das ausdrückliche Verbot des Herrn handeln. Nur bei der Beisetzung einer Leiche braucht er das Verbot des dazu verpflichteten Erben nicht zu beachten (actio funeraria).

Aus den Quellen: Vgl. l. 3 pr. § 2 D. h. t.: Ait praetor: Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit, iudicium eo nomine dabo. — ‚Negotia' sic accipe: sive unum sive plura.

L. 1 D. h. t.: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.

L. 5 pr. D. de O. et A. 44, 7: Si quis absentis negotia gesserit . . sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari, eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum; quibus invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. Sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur; neque enim is qui gessit, cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est, sine mandatu suscipere negotorium administrationem: . . sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari.

L. 5 § 5 D. h. t.: Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius, quam meum negotium gessisse . . Sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione.

§ 1 J. h. t.: — is qui gesserit negotia . . . tenetur, ut administrationis rationem reddat: quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur rationem reddere, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solerat.

L. 6 Cod. h. t. 2, 18: Si pecuniam a debitore tuo Julianus exegit eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.

Schriften: Danckwardt, Die negotiorum gestio 1855. Ruhstrat, Ueber neg. gestio 1858. Zimmermann, Echte und unechte neg. gestio 1872. Die Lehre von der stellvertretenden neg. gestio, 1876. Sturm, Das negotium utiliter gestum 1878. Beiträge zum röm. Recht 1891, 23. Wlassak, Zur Geschichte der neg. gestio 1879. Cogliolo, I principi teorici della gestione degli affari altrui 1889. Trattato teorico e pratico della amministratione degli affari altrui 1890.

2. Eine quasikontraktliche Verpflichtung erzeugt auch die Vermögensgemeinschaft zu ideellen Anteilen, wenn sie, wie dies durch Erbgang oder durch Sachverbindung geschehen kann (vgl. z. B. S. 223 oben), ohne besonderen Vertrag entstanden ist. Sie wird geltend gemacht mit der actio communi dividundo, im Falle der Erbengemeinschaft mit der actio familiae erciscundae (vgl. oben S. 191).

§ 3 J. de obl. quasi ex contr. III, 27: Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatare esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt; sed, quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. Vgl. ferner l. 2 pr. D. h. t. 10, 3: Nihil autem interest, cum societate an sine societate res

inter aliquos communis sit; nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio Im letzten Fall nennt man die Gemeinschaft heutzutage communio incidens. Vgl. l. 25 § 16 D. fam. erc. „cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum". L. 31 D. pro socio ... Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa quum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata etc.

L. 5 Cod. h. t.: In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri; daher L. 14 § 2 D. h. t. Si conveniat inter socios, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem in certum tempus, quod et ipsius rei qualitati prodest, valet. Jedoch: Unzulässigkeit der Teilungsklage bei einem Hause, welches von Mehreren mit abgeteilten Wohngelassen, aber gemeinschaftlichen Eingängen usw. besessen wird, desgleichen bei einem zum gemeinschaftlichen Eingang dienenden Hofraum. Seufferts Arch. VII, 176; XV, 196; vgl. 200.

Ueber den Fall, wenn ein Teilhaber für die gemeinschaftliche Sache Verwendungen gemacht hat, indem er sie für sein Alleineigentum hielt oder in der Person des Miteigentümers irrte, vgl. l. 14 § 1 D. h. t. . . . Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligari volui. At quum puto rem esse . . . mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum, cuius negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito.

Jetzt vgl. BGB. §§ 741—751. Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 336—348 (Gemeinderschaft), Art. 622, 623.

3. Den wichtigsten Fall der sog. quasikontraktlichen Ansprüche bildet der einer ungerechtfertigten Bereicherung, der mit einer condictio verfolgt wird. Ein sittliches Leitmotiv für die hier in Frage kommenden Kondiktionen ohne Kontrakt bildet die regula juris (D. 50, 17, l. 206): Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. Das rechtliche Verständnis dieser Kondiktionen wird durch folgende Unterscheidung erleichtert. Eine und dieselbe juristische Tatsache kann einer durchaus verschiedenen Beurteilung unterliegen, je nachdem man sie ins Auge faßt: a) vom Standpunkt der dinglichen Wirksamkeit aus, d. h. mit Rücksicht auf dritte Personen, die bei ihrer Herbeiführung nicht beteiligt sind; z. B. die Tradition einer Sache kann das Eigentum derselben von A auf B übertragen, in einer gegen einen Dritten, der sich auf diese Tatsache beruft, rechtlich durchaus unanfechtbaren Weise, b) vom Standpunkte der obligatorischen Wirksamkeit aus. — Jene Eigentumsübertragung kann von A dem B gegenüber angefochten werden, so daß zwar ihre dingliche Wirksamkeit nicht in Zweifel gezogen wird, daß aber B obligatorisch, wie wenn ein Vertrag dieses Inhalts vorläge, zu ihrer Rückgängigmachung verpflichtet ist.

Auf diesem Gegensatze beruhten die Kondiktionen des Pandektenrechts, als reipersekutorische Ansprüche, welche Kritik an dinglich wirksamen Geschäften zwischen den obligatorisch verbundenen Geschäftsteilnehmern übten, als relative (obligatorische) Anfechtungsklagen absoluter (dinglicher) Tatsachen. Ursprünglich waren sie auf Anfechtung des Eigentumsüberganges beschränkt, im Laufe der Zeit aber wurden sie von dieser engeren Voraussetzung gelöst und auf Vermögenszuwendungen aller Art ausgedehnt, so insbesondere auf den Besitz, auf Uebertragung von Forderungen durch Zession, Delegation usw., ja selbst auf bindende Versprechen (Stipulationen, Anerkenntnisse) endlich auf Dienstleistungen. Die Hauptfälle dieser unter dem allgemeinen Namen der condictio sine causa zusammengefaßten sogenannten Bereicherungsansprüche sind folgende: a) die condictio indebiti, Rückforderung einer irrtümlich bezahlten Schuld. Der Irrtum muß entschuldbar sein, ausgenommen, wenn der Empfänger den Mangel des Zahlungsgrundes durchschaut (— alsdann haftet er mit der condictio furtiva).

b) die condictio ob turpem vel injustam causam: Als ungerechtfertigt gilt jede Bereicherung, die aus einer Leistung hervorgeht, durch deren Annahme der Empfänger gegen die guten Sitten oder gegen ein Gesetz verstoßen hat. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.

c) die condictio ob causam datorum (sc. causa data causa non secuta): Sie wird gegeben, wenn die Leistung unter einer erklärten Voraussetzung (einer Bedingung im weitesten Sinne) geschah, und diese sich nicht verwirklicht hat. Eine solche Voraussetzung kann sein eine condictio in praeteritum oder praesens collata d. h. sie kann Vergangenes oder Gegenwärtiges zum Inhalt haben; sie kann aber auch und wird in der Regel sich auf die Zukunft beziehen (futura causa non inhonesta); es gehören daher vor allem hierher die auflösenden Bedingungen und Befristungen, die donatio sub modo. Die Voraussetzung kann ein Interesse des Gebers und Empfängers, sie kann auch ein Interesse dritter Personen einschließen. (Letzteres ist beispielsweise der Fall, wenn etwas auf Grund einer Kollekte für einen bestimmten Zweck gegeben ist und hinterdrein dieser Zweck sich als undurchführbar erweist.)

d) condictio ob causam finitam: Eine Voraussetzung (uneigentliche Bedingung) kann nicht nur von Anfang an ermangeln,

weil das Vorausgesetzte nicht wirklich ist oder wird, sondern auch nachträglich fortfallen, indem sich die anfänglich dafür vorliegenden Verhältnisse ändern; z. B. jemand, der eine Entschädigung von einem für den Verlust einer anvertrauten Sache dazu Verpfllichteten erlangt hat, erlangt wider alles Erwarten später diese Sache wieder, oder eine Stiftung, für welche eine Erbschaftssteuer gezahlt ist, wird alsbald nach Erhebung der Steuer, aber vor Empfang der Erbschaft mit den Rechten einer juristischen Person ausgestattet, welche steuerfrei ist. (Kuhlenbek, Von den Pand. zum BGB. II S. 351).

Vgl. L. 1 § 1 D. de cond. indeb. 12, 6: Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc condictionem condicere potest: sed si sciens, se non debere, solvit, cessat repetitio. L. 7 § 1 D. de cond. causa data causa non secuta 12, 4: Fundus dotis nomine traditus, si nuptiae insecutae non fuerint, condictione repeti potest: fructus quoque condici poterunt. L. 1 § 2 D. de cond. ob turpem vel injustam causam 12, 5: Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res secuta sit repeti potest. L. 2 eod.: Utputa dedi tibi, ne sacrilegium facies, ne furtum, ne hominem occidas.

L. 6 D. h. t. Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem, id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. L. 7 eod. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia repetitionem esse constat. L. 6 D. de donat. int. v. et u. 24, 1 . . . quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retiner intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet.

L. 1 Cod. h. t. Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. § 1. Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere. § 2. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, sciendum est, condictioni locum fore. § 3. Constat, id demum posse condici, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam. — L. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12, 5. Omne, quod datur, aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam . . . § 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Cf. L. 52 D. de cond. indeb. 12, 6. Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam, praeteritam; veluti cum ideo, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam, si falsa sit causa, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competit. L. 3 § 7 D. h. t. . . quamquam constet . . . eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

Schriften: Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung 1850 (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 181 ff.). Erxleben, Die condictiones sine causa 1850, 1853. Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, 1859. Voigt, Die condictiones ob causam 1862. Pfersche, Die Bereicherungsklage 1863. v. Mayr, Die condictio 1900. Kipp, in Paulys Realenzyklopädie zu condictio 4, 847. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 761. v. Koschem-

behr-Lyskowski, Die condictio als Bereicherungsklage. — Im BGB. vgl. §§ 812—822. Im Schweiz. OblR. Art. 70—75, 145, 515.

4. Als eine gesetzliche Erweiterung kontraktlicher Haftung läßt sich hier auch das sogenannte receptum nautarum, cauponum stabulariorum einreihen: Schiffer, welche Reisende mit ihren Sachen aufnehmen, ebenso Wirte unter derselben Voraussetzung und überhaupt Personen, die Fremden gewerbsmäßig Wohnung geben, haften nach dem Edikt des Prätors den Aufgenommenen auf Restitution dieser Sachen, wofern nicht eine von außen kommende vis major oder die eigene Schuld des Aufgenommenen den Verlust verursacht oder ein Vertrag sie von der Haftung befreit hat.

L. 1 pr. D. nautae caupones stabularii ut recepta restituant, 4, 9: Ait praetor: NAUTAE CAUPONES STABULARII, QUOD CUJUSQUE SALVUM FORE RECEPERINT, NISI RESTITUENT, IN EOS JUDICIUM DABO.

Schriften: Sturm, Haftpflicht der Gastwirte, 1892, Exner, Der Begriff der höheren Gewalt in Grünhuts Zeitschr. X S. 535 f. Im BGB. vgl. §§ 701 ff. Schweiz. OblR. Art. 486, 487, 488.

II. Deliktsähnliche Ansprüche: Als deliktsähnliche Haftungsgründe lassen sich solche bezeichnen, die zwar in ihrem letzten legislativen Grunde keineswegs gänzlich vom Verschuldungsprinzip absehen, die aber im Gegensatze zu den eigentlichen Delikten eine positive Pflicht zu außerkontraktlicher Sorgfalt voraussetzen, deren Verletzung die Nebenmenschen gefährdet (Gefährdungshaftung) und bei denen eine subjektive konkrete Beziehung des Verschuldens (im einzelnen Fall) zum Verantwortlichkeitserfolg nicht gefordert wird. Das Gesetz konstituiert hier auf Grund der allgemeinen Erwägung, daß gewisse Interessen nicht ohne Gefährdung anderer verfolgt werden können, eine Garantiepflicht der Interessenten.

1. Den wichtigsten unter diesen Fällen bildet die Noxalklage die wir bereits S. 63 oben berührt haben. In ihrer Anwendung auf den Schaden, den ein vierfüßiges Haustier ohne jemandes Verschulden anrichtet, heißt sie actio de pauperie. Wenn ein vierfüßiges Haustier durch ein seiner Gattung nicht natürliches Verhalten Schaden anrichtet, so geht diese Klage gegen den Eigentümer auf Schadensersatz, von dem er sich aber durch Herausgabe des Tieres (noxae deditio) befreien kann. Ist ein Verschulden in der Aufsicht nachweisbar, so tritt nicht Noxalhaftung, sondern aquilische Haftung (S. 328 ff. oben) ein. Für den Fall, daß Vieh fremde Früchte abweidet, gewährten bereits die XII Tafeln eine besondere actio de pastu, die auch durch Mitwirkung menschlichen Verschuldens nicht ausgeschlossen wurde.

L. 1 pr. §§ 3, 4, 7, 10, 12 D. si quadrupes 9, 1: Ait Praetor: pauperiem fecisse. Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam, quodsi propter loci iniquitatem aut propter culpam mulonis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur. — Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit. Ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo quia non ipse suo corpore damnum dedit. At si cum equum permulsisset quis vel palpatus est et calce eum percusserit, erit actioni locus. — In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet —. L. 4 eod.: Haec actio utilis competit, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

Vgl. dazu Girard, Actions noxales in nouv. rev. hist. du droit français et étranger 1888. Sturm, Beitr. zum röm. Recht 1891. Eisele, in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 480 ff. Litten, das. Bd. 49 S. 419 ff.. Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 26 S. 494 ff. Im BGB. §§ 833—835. Schweiz. OblR. Art. 65.

2. Eine actio de effusis et dejectis gibt der Prätor dem, der an seinem Körper oder an seinen Sachen durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einem Hause auf einem besuchten Orte beschädigt wird, gegen den Bewohner des Hauses oder des Teils desselben, aus welchem die Beschädigung geschehen ist.

L. 1 pr. D. h. t. de his, qui eff. 9, 3: Praetor ait: Unde in eum locum, quo volgo iter fiet, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum judicium dabo. Sieo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo.

3. Hierher gehört auch die actio popularis de posito et suspenso gegen den, der in gefahrdrohender Weise an einem öffentlich zugänglichen Orte etwas aufgestellt oder aufgehängt hat. (§ 1 J. h. t. IV, 5).

III. Weder kontraktsähnlich noch deliktsähnlich sind folgende rein gesetzliche Verpflichtungen:

1. Die sogenannte Exhibitionspflicht. Der Besitzer einer beweglichen Sache ist zur Vorlegung der Sache demjenigen verpflichtet, der ein rechtliches Interesse an der Besichtigung der Sache hat wegen eines dinglichen oder wegen eines persönlichen Anspruchs auf die Sache, der durch diese Exhibition möglich gemacht oder vorbereitet werden soll.

Vgl. dazu l. 22 de V. S. 50, 16: L. 2 D. h. t 10, 4: Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. L. 3 § 1 eod.: Qui

ad ex hibendum agit, non utique dominum se dicit, nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.

Demelius, Die Exhibitionspflicht 1872.

Im BGB. vgl. § 809. Im Schweiz. OblR. Art. 879.

2. Die gesetzlichen Dotations- und Alimentationspflichten, vgl. u. a. S. 90, 103, 117.

Kapitel VI.

Verlauf der Obligation (Erfüllung, Aufhebung).

§ 85. Allgemeines.

Der Zweck der Obligation ist die Erfüllung dessen, was geschuldet wird, die Leistung. Die römischen Juristen haben keine dem deutschen Worte „Leistung" entsprechende Bezeichnung. Das Wort „solutio" hat bei ihnen die ausschließliche Bedeutung der Zahlung von Geld oder wenigstens der Leistung von Gegenständen. Der Grund ist vielleicht darin zu suchen, daß die römischen Obligationen Jahrhunderte lang auf ein dare beschränkt waren, daß man obligationes, die auf ein facere gerichtet waren, erst allmählich anerkannte. (Vgl. S. 284 oben).

Die Obligation kann aber auch ohne normale Befriedigung in anderer Weise aufgehoben werden. Indem wir die besonderen Fälle der Aufrechnung (Kompensation) und Novation den §§ 86 und 87 vorbehalten, haben wir hier zunächst zu erwähnen:

1. Aufhebung des Schuldverhältnisses durch beiderseitige Willensübereinstimmung, contrarius dissensus.
2. Aufhebung des Schuldverhältnisses durch ein Verschulden des Gläubigers. Der Gläubiger kann seinen Anspruch zur Strafe verwirken durch unberechtigte Selbsthülfe nach dem decretum D. Marci.

Vgl. l. 7 D. de vi 48, 7: Verba decreti (sc. D. Marci) haec sunt: Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es. Et cum Marcianus diceret: ‚vim nullam feci', Caesar dixit: ‚Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quotiens quis id quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. .. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris [vel pecuniam debitam] non ab ipso sibi traditam [sponte datam] sine ullo iudice temere possidere [vel accepisse] eumque [isque] sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit'.

Er kann ferner die Erzwingbarkeit seines Anspruchs verlieren durch Versäumnis der rechtzeitigen Geltendmachung, Klagenverjährung.

Die Klagenverjährung gehört systematisch in den sogenannten allgemeinen Teil des Systems, den wir hier aus den S. 4f. oben angegebenen Gründen fortgelassen haben. Doch mag über ihre geschichtliche Entwicklung im römischen Recht in diesem Zusammenhange kurz Folgendes bemerkt werden. Im klassischen Recht war die Unverjährbarkeit der zivilen Klagen die Regel (actiones perpetuae). Verjährbar (actiones temporales) waren nur die actiones honorariae d. h. die praetoriae, deren Dauer meistens auf einen annus utilis, und die aedilíciae, deren Dauer auf noch kürzere Zeit (6 Monate) begrenzt war. — Durch eine Verordnung des Kaisers Theodosius II (424) wurden die bisherigen perpetuae actiones einer 30jährigen Verjährung unterworfen; für einzelne Klagen wurde später die Verjährungsfrist auf 40 Jahre ausgedehnt. — In der Verjährung des Klagrechts ist eine Aufhebung des zugrunde liegenden Rechts an sich nicht enthalten. Aber die Einrede der Verjährung nimmt dem Anspruch seine Erzwingbarkeit (auch seine indirekte).

3. Eine Obligation kann auch beseitigt werden durch Fortfall wesentlicher allgemeiner Voraussetzungen eines Schuldverhältnisses, so z. B. eines Gläubigers oder Schuldners (ohne Rechtsnachfolge) durch Tod oder capitis deminutio bei höchstpersönlichen Verhältnissen, ferner durch Zusammentreffen von Anspruch und Verbindlichkeit in derselben Person (zufolge einer Rechtsnachfolge sei es des Gläubigers in die Schuldnerseite, sei es des Schuldners in die Gläubigerseite, confusio. (Vgl. darüber des näheren Kuhlenbeck, Von den Pandekten z. BGB. II § 29; Friedmann, Die Wirkungen der confusio nach römischem Recht, 1884; Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, 1897). Endlich durch unverschuldete Unmöglichkeit (Impossibilium nulla obligatio, l. 185 D. de R. J. 50, 17), Casus. (Vgl. dazu eingehend Kuhlenbeck, Von den Pandekten z. BGB. II § 11 S. 68—94, „Zufall, Gefahr, höhere Gewalt").

4. Erlaß: Im römischen Recht gab es zwei Formen dieses die Befriedigung ersetzenden Vertrages: a) Die acceptilatio: Ihre Anwendung beschränkte sich auf Stipulationsschulden. Der Gläubiger fragt den Schuldner, ob er seine Forderung erhalten hat, — habesne acceptum? Letzterer antwortet: habeo. Da man jede Schuld durch Novation (§ 87 unten) in eine Stipulationsschuld verwandeln konnte, so ließ sich diese Form des Erlasses auf alle Obligationen anwenden. Der Jurist Aquilius erfand zu diesem Zwecke ein besonderes Abrechnungsformular. Vgl. Bd. I S. 200.

L. 8 § 3 D. de accept. 46, 4: Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est; acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit: neque enim potest verbis tolli quod non verbis contractum est.

L. 19 eod.: Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest.

Gajus III, § 170: Sed et id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.

L. 18 § 1 D. h. t., § 2 J. III, 20: Eius rei stipulatio, quam acceptilatio sequatur, a Gallo Aquilio talis exposita est: ‚Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diem ve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est As. As., spopondit Ns, Ns. Quod Ns. Ns. Ao. Ao. promisit spopondit, id haberetne a se acceptum Ns. Ns. Am. Am. rogavit, As. As. No. No. acceptum fecit'.

b) Das pactum de non petendo, der formlose Erlaßvertrag. Durch diesen wurde die Obligation nicht an sich aufgehoben, der Schuldner erhielt lediglich die exceptio pacti.

§ 86. Kompensation (Aufrechnung).

Eine Form der Aufhebung einer Obligation ist auch die Kompensation oder Aufrechnung. Aufrechnung ist eine gegenseitiges Hin- und Herzahlen ersparende Aufhebung gegenseitiger Forderungen durch Rechnung, d. h. Zahlung durch Subtraktion mit der Wirkung, daß nur die Differenzforderung bestehen bleibt. Eine solche Aufrechnung setzt, wie jede Subtraktion, Gleichartigkeit des Gegenstandes der Forderungen voraus.

Zu unterscheiden ist die vertragsmäßige, zweiseitige Aufrechnung (compensatio voluntaria) und die einseitige (gesetzliche).

1. Die vertragsmäßige Aufrechnung: Diese darf keineswegs als gegenseitiger Erlaßvertrag konstruiert werden. Erlassen wird gegenseitig nicht die Forderung, sondern nur die eigentliche Zahlung (numeratio). Besondere Eigenschaften von Forderung und Gegenforderung — abgesehen von der Gleichartigkeit des Gegenstandes — sind hier nicht erforderlich; die Parteien können auch nicht fällige, auch anfechtbare, zweifelhafte und selbst klaglose Forderungen (obl. naturales) vertragsmäßig zur Aufrechnung verwenden.

2. Die einseitige Aufrechnung: Die Zahlungsersparnis durch Aufrechnung liegt unter gewissen Voraussetzungen so sehr in der Natur der Sache, daß ein Gläubiger, der sie ablehnt, sich dem Verdachte aussetzt, er beabsichtige seinerseits sich seiner Leistungspflicht zu entziehen. Das spätere römische Recht stellte daher zunächst für bonae fidei obligationes, indem es von dem Satze

ausging: dolo facit, qui petit, quod redditurus, der vertragsmäßigen Kompensation ein einseitiges, erzwingbares, gesetzliches Kompensationsrecht des Schuldners zur Seite. Erst unter Mark Aurel wurde dieses Recht auch auf die stricti juris obligatio übertragen. Die ursprüngliche historische Gestalt dieses Rechtes ist also die einer exceptio, eines Gegenrechts, und zwar eines Anwendungsfalles der exceptio doli generalis. Da sich jedoch in mehreren Stellen des corpus juris die Wendung findet: „ipso jure compensatur", hat man diese historische Auffassung, die auch die natürliche ist, später für beseitigt erklären wollen. Jenes „ipso jure" schien auf eine unmittelbare Aufhebung der Forderungsrechte auch ohne den Willen der Parteien hinzuweisen; es wurde daher die Ansicht aufgestellt, daß zwei aufrechenbare Forderungen sich zu ihren aufrechenbaren Beträgen durch ihr bloßes Gegenüberstehen zum Ausgleich bringen müßten, etwa wie zwei entgegengesetzte Kraftmomente in der Physik, wie zwei Gewichte in den beiden Wagschalen, auch ohne daß es eines besonderen Willensaktes einer Partei bedürfte. Allein diese Ansicht war zweifellos unrichtig. Nach Pandektenrecht hatte der Satz „ipso jure compensatur" nur die Bedeutung, daß im Falle der Geltentmachung der exceptio compensationis die Wirkung derselben fiktizisch zurückdatiert wurde auf den Zeitpunkt, in dem die kompensable Gegenforderung der Forderung gegenübertrat, eine Fiktion, die von praktischer Bedeutung hauptsächlich nur für den Fall war, daß einer verzinslichen Forderung ein unverzinsliche oder geringer verzinsliche Gegenforderung gegenüberstand.

Vgl. L. 1 D. de comp. 16, 2: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. L. 76 D. de v. S. 50, 16: Dedisse etiam is intelligendus est, qui permutavit vel compensavit.

§ 30 I. de act. (4, 6): In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat. Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascumque; excepta sola depositi actione, cui aliquid compensatione nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

L. 21 eod. (Paulus): Posteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

L. 11 eod. (Ulpian): Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.

L. 4 Cod. h. t. 4, 31: ipso jure pro solutione compensationem haberi debere.

Schriften: Dernburg, Pand. II §§ 62 ff.. Brinz, Die Lehre von der Kompensation, 1849. Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation, 2. Aufl. 1868. Schwanert, Kompensation 1871.. Eiselen, Kompensation 1876. Leonhard, Die Aufrechnung 1896. Stampe, Das Kompensationsverfahren im vorjustinian. stricti juris judicium 1886. Appleton, Histoire de la compensation en droit Romain 1895.

Im älteren Recht war die Kompensationseinrede mit Rücksicht auf die einfache Struktur des Prozesses, der in jedem Prozesse dem Richter nur eine Frage stellte, ausgeschlossen. (Vgl. Bd. I S. 176). Es kamen nur zwei Ausnahmen vor, in denen man dem Beklagten dadurch half, daß der Kläger gesetzlich gezwungen wurde, selber den Abzug vorzunehmen, ähnlich wie bei der Klage auf Herausgabe einer dos (vgl. oben S. 95 wegen der Verwendungen). „Auf diese Weise kam die Gegenforderung positiv im Prozeß gar nicht zum Vorschein, sie wirkte nur negativ als Subtraktionsfaktor, indem sie den Betrag von vornherein um den entsprechenden Anteil verringerte — der Konflikt beider Forderungen vollzog sich nicht durch, sondern vor und außer dem Prozeß, Gegenstand des letzteren ward lediglich die schon vorher um die Gegenforderung verringerte Forderung der Klägerin.“ Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV § 52 S. 68 ff.

a) Die eine dieser Ausnahmen bildete die Verpflichtung des argentarius (Bankiers), als Rechnungsführer den Abzug selbst zu besorgen (agere cum deductione). Der Argentarius soll stets das beiderseitige Debet und Credit verrechnen, nur das Saldo einklagen; seine intentio im Formularprozesse lautete: si paret Nm Nm Ao Ao X milia dare oportere amplius quam Am Am No No dare oportet. Vgl. Gajus IV, 64, 66, 68.

b) Die andere Ausnahme galt für den emptor bonorum. Der Konkurs des älteren römischen Rechts wurde (vgl. I S. 263) dadurch erledigt, daß ein sogenannter bonorum emptor die Masse mit der Verpflichtung ersteigerte, die Gläubiger nach den gebotenen Prozenten abzufinden. Hätte nun ein solcher bonorum emptor von einem Schuldner der Masse, der eine Gegenforderung besaß, die Forderung ganz einziehen und ihn später nur nach dem gebotenen Prozentsatz abfinden dürfen, so wäre dies eine handgreifliche Unbilligkeit gewesen. Er war daher verpflichtet, die Gegenforderung nicht zum bloßen Prozentsatz, sondern zum vollen Betrage in Abzug zu bringen (agere deductis deducendis). Die Formel für ihn lautete beispielsweise: Si paret Nm Nm Lo Titio (defraudatori) X milia dare oportere, judex quantum inde compererit, deducto quicquid L. Titium No No ob eam rem, quod is de No No centum medios tritici boni emit, ex fide bona dare facere oportet, tanti Nm Nm Ao Ao condemna; s. n. p. a. (Sie stand also in der Mitte zwischen compensatio des argentarius und den b. f. judiciis). Vgl. Dernburg, Emptio bonorum 1850. Puchta, Institutionen (8), II S. 378.

§ 87. Novation. (Delegation).

Eine eigentümliche Art der Aufhebung einer Obligation ist die schon mehrfach erwähnte Novation (Bd. I S. 252, II S. 287, 290, 294), die an die Spezifikation auf sachenrechtlichem Gebiete erinnert (S. 221 oben), sofern es sich dabei um bloße Aenderung der rechtlichen Form bei Wahrung des (wirtschaftlichen) Inhalts handelt. Die römischen Juristen unterscheiden sie ausdrücklich von dem Falle, daß eine Obligation vertragsmäßig aufgehoben und durch eine Obligation mit anderem Inhalt ersetzt wird, z. B. von dem Falle, dass eine bislang vermietete Sache dem Mieter verkauft wird, eine hinterlegte dem Depositar geschenkt wird, dass dem Schuldner aus einem Kaufe die Kaufgeldschuld als Darlehen gelassen wird. Solche Fälle bezeichnen sie als eine renovatio contractus. (Vgl. unten l. 7 § 6 D. de pact. 2, 4). Die Novation dagegen wandelt lediglich entweder den Rechtsgrund, die causa debendi oder aber die verpflichteten Personen (Delegation).

Bei einer Novation sind zwei uno actu sich vollziehende Momente des Rechtsvorgangs auseinander zu halten: a) die negative Seite; die alte Obligation wird aufgehoben. Wo eine solche Aufhebung nicht beabsichtigt wird, tritt keine Novation ein; es tritt vielmehr nur eine neue (akzessorische) Obligation desselben Inhalts neben die bestehende, wie z. B. beim constitutum debiti (S. 297 f. oben). Es kann nun tatsächlich zweifelhaft sein, was die Parteien gewollt haben, ob eine Novation oder eine bloße Verstärkung (akzessorische Stipulation). Die Juristen hatten daher eine Anzahl von verwickelten Präsumtionen über die animus novandi aufgestellt, die von Justinian in seiner freilich sehr kontroversen l. 8 Cod. h. t. beseitigt worden sind. Nach einer Auslegung sollte es auf Grund dieses Justinianischen Gesetzes stets einer ausdrücklichen Erklärung der Novation bedürfen (expressa verba). Der richtigen Ansicht nach wollte jedoch Justinian nur die alten Präsumtionen beseitigen und nur in jedem Falle den auch aus konkludenten Handlungen zu führenden Beweis der Novationsabsicht fordern.

b) Die positive Seite bildet die gleichzeitige Begründung einer neuen Obligation mit demselben Inhalt. Es kommt auf den rechtlichen Inhalt, nicht auf den äußeren Gegenstand an. Wenn also z. B. ein Mietvertrag über denselben Gegenstand in einem Kaufvertrag, ein Verwahrungsvertrag in einen Leihvertrag umgewandelt wird, so liegt keine „novatio“, sondern die vorhin erwähnte

renovatio contractus vor. Ebenso darf man nicht von Novation reden, wenn nach Abschluß eines Kaufvertrags hinterher der Preis erhöht oder verringert wird; es handelt sich dann um eine völlige Aufhebung des alten Vertrags und Abschluß eines neuen (vgl. l. 72 D. h. t. 18, 2; l. 2 D. 18, 5 unten). Bei der Novation muß der Obligationsstoff ganz derselbe bleiben. Die Veränderungen, die durch eine Novation möglich sind, beschränken sich entweder bloß auf die prozessuale Form der Haftung oder auf die Modalität der Leistung, z. B. eine bislang unbedingte Leistung wird jetzt bedingt oder umgekehrt, eine befristete unbefristet oder umgekehrt, eine bloß naturale oder prätorische Obligation wird in eine zivile umgewandelt, oder auch mehrere selbständige Obligationen werden in eine einzige zusammengeschmolzen. Bei den Römern bildete vor allem die Stipulation das Mittel, die causa einer bestehenden Schuld abzuändern und den Inhalt der Obligation in eine formale Gestalt umzuwandeln. (Quod mihi ex empto debes, spondesne?). Heutzutage kann der Wechsel eine ähnliche Bedeutung haben. Auch ein Abrechnungsgeschäft kann animo novandi vorgenommen werden; es kann die Absicht der Parteien sein, daß nach Erledigung der oft verwickelten Abrechnung über viele einzelne, vielleicht auf sehr verschiedenen Rechtsgründen beruhende Schuldposten fortan nur noch das festgestellte Saldo verbindlich sein soll. (Anerkennung als Verpflichtungsgrund).

Eine besondere Hervorhebung verdient der mit einem Wechsel der Personen verbundene Fall der Novation. Ein Wechsel in der Person des Schuldners kann auch ohne Wissen und Mitwirkung der Person des bisherigen Schuldners eintreten. Denn da nach dem Grundsatze: alium pro alio solvere posse ein beliebiger Dritter (C) den Gläubiger (A) statt des Schuldners (B) bezahlen kann, so kann er auch (selbstverständlich mit Einverständnis des Gläubigers) für ihn die Schuld übernehmen und zwar mit der Wirkung, daß der Schuldner B befreit wird. Dies ist der Fall der expromissio. — Erfolgt der Eintritt einer neuen Person in das bisherige Schuldverhältnis unter Mitwirkung der beiden bisherigen Obligationssubjekte (des bisherigen Gläubigers und Schuldners), so bezeichnet die neuere Theorie dies als Delegation. Man unterscheidet eine aktive und passive Delegation.

a) Bei der aktiven Delegation überweist der Gläubiger A (Delegant) den Schuldner B (Delegat) an den neuen Gläubiger

C (Delegatar). Das Verhältnis sieht einer Zession ähnlich, unterscheidet sich aber von dieser dadurch, daß es eine dreiseitige Verständigung voraussetzt, des A mit B, des A mit C, des B mit C. Diese vollzog sich in der Regel durch ein Mandat des Deleganten A an den Delegaten B, dem Delegatar C zu versprechen, und eines Mandats an den Delegatar C, sich vom Delegaten B versprechen zu lassen und endlich durch eine diese beiden Mandate ausführende Stipulation zwischen B und C.

Darnach unterscheiden sich denn auch die Rechtsfolgen von denen der Zession. Durch die Stipulation wird das alte Schuldverhältnis zwischen A und B aufgehoben und entsteht uno eodemque actu ein ganz neues Band zwischen B und C; die Einreden, die B dem A gegenüber hatte, kann er dem C nicht entgegensetzen. (Vgl. dagegen S. 288f. oben). Dagegen kann der Delegat B seinen Rückgriff gegen den Deleganten A nehmen, wenn letzterer durch die Delegation eine ungerechtfertigte Bereicherung erlangt und die Voraussetzungen der condictio indebiti oder sine causa vorliegen. Nur in einem Falle hat der Delegat B auch eine Einrede gegen den Delegatar C aus der causa der Delegation, nämlich dann, wenn letzterem die Forderung schenkungshalber oder überhaupt ex causa lucrativa zugefallen ist.

b) Die passive Delegation, der Eintritt eines neuen Schuldners auf Grund dreiseitiger Vereinbarung, deckt sich in seinen Wirkungen mit der oben erwähnten Expromission, bildet einen Fall der befreienden Schuldübernahme.

Quellen und Literatur: Vgl. 1 pr. D. h. t. (de novation.) 46, 2: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione.

L. 7 § 6 D. de part. 2, 14: Adeo autem bonae fidei judiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei judiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? et haec ita Pomponius libro VI ad edictum scribit. quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur.

Gajus III § 176: Praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim: nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur.

L. 8 § 5 D. h. t.: Non tamen si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur; liberat autem me is, qui

quod debeo promittit, etiamsi nolim. — L. 11 pr. eod.: Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. — Gajus III § 177: Si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, siquid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel dies aut sponsor adjiciatur aut detrahatur.

L. 8 § 1 D. h. t.: Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta et hoc actum ut novetur, fiet novatio: si quidem pura vel in diem fuerint relicta, statim; si vero sub condicione, non statim sed ubi condicio extiterit: nam et alias qui in diem stipuletur, statim novat; ... at qui sub condicione stipulatur, non novat, nisi condicio extiterit.

L. 1 § 1 D. h. t.: Illud non interest qualis praecessit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu; qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest: dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

L. 24 eodem: Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur.

§ 3 J. III, 28 (quibus modis obligatio tollitur) — prima (sc. obligatio) tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero: quo casu rem amitto, nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est; non idem iuris est si a servo stipulatus fuero: nam tunc [prior] proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem.

L. 8 § 5 D. eodem: Quod ego debeo si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur.

Animus novandi: Vgl. L. 8 Cod. h. t.: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates (cf. Gai. III, 178). resecantes sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἄνευ καινότητος Graeci dicunt, causa procedat; hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. — Cf. § 3, J. h. t. ... Sed quum ... dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum novationem fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit etc. Basil. XXVI, 4, cap. 42. Vgl. Vangerow III, § 619.

L. 3 § 3 J. eod.: Sed cum hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit tunc solum fieri novationem, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio.

Schriften: v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, 1864. Salkowsky, Zur Lehre von der Novation, 1866. Gide, Etudes sur la novation, 1879. Fadda, Sulla dottrina della noazione, 1880. Hruza, Die Lehre von der Novation, 1881. Merkel, Der römisch-rechtliche Begriff der novatio, 1892. v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 279, 1383.

Im BGB. vgl. §§ 414 ff. Dazu Staudinger (Kuhlenbeck), Komm. I, Vorbem. V und Enneccerus, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts (6/8) I, 2 S. 207 ff. Im Schweiz. Obl.-R. Art. 142, 143.

Kapitel VII.

Die Verantwortlichkeit des Schuldners. Kontraktliches und außerkontraktliches Verschulden. Der Verzug.

§ 88. Allgemeines.

Als die zarteste Blüte des römischen Obligationenrechts verdient der von den römischen Juristen mit außerordentlich feinsinniger Kasuistik ausgearbeitete Gedanke des Verschuldens, wenngleich seine eingehendere Erörterung schon mit Rücksicht auf die überwiegend philosophische Natur des Gegenstandes (z. B. seine Beziehung zur Lehre vom Kausalzusammenhang) in die juristische Prinzipienlehre gehört (S. 4 oben), auch in diesem geschichtlichen System immerhin eine kurze Darstellung. „Nach dem Maße, wie das Recht das Moment der Schuld in den einzelnen Rechtsverhältnissen zu der ihm gebührenden Geltung bringt, bestimmt sich die Kulturstufe desselben. Wer mit dieser Rücksicht die Geschichte des Rechts verfolgen will, wird finden, daß der Fortschritt desselben in einer fort und fort vervollkommneten und verfeinerten Anwendung des Maßstabes der Verschuldung besteht. Denn das ist das höchste Ziel der Gerechtigkeit, wie in der einen Wagschale das Verdienst, so in der anderen die Schuld richtig abzuwägen, das Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Verdienst und der Schuld auf der einen

und dem Lohn und der Strafe auf der anderen Seite.“ (v. Ihering, Geist des römischen Rechts I § 11 S. 127). Wir haben bereits oben (S. 281) bemerkt, daß „Schuld“ im weitesten Sinne jedes Verhalten begründet, das eine Haftung begründet, und daß die psychologische Wurzel des Obligationenrechts in einem lediglich durch die Verletzung und des dadurch hervorgerufenen Genugtuungsbedürfnis des Verletzten bestimmten Rachegefühl zu suchen ist. „Der Geist des älteren Rechts ist der Geist der Rache, der Genugtuung für jegliches widerfahrene Unrecht“ (v. Ihering a. a. O. S. 125). Erst allmählich gelangte nun, wie überall, so auch im römischen Volke die Anteilnahme der Volksgenossen an einer einzelnen Rechtsverletzung und die damit eintretende Bevormundung der Selbsthülfe zu einer besonnenen Unterscheidung nicht nur der objektiven Tragweite der Verletzung, sondern auch und vor allem der subjektiven Verantwortlichkeit des Verletzers. Die wichtigste dieser Unterscheidung des subjektiven Verhaltens eines Verletzers ist die zwischen wissentlichem und unwissentlichem Unrecht. (Dolus und culpa i. e. S.; Vorsatz und Fahrlässigkeit). Es ist bemerkenswert, daß selbst diese uns heute so selbstverständlich erscheinende Unterscheidung erst eine Folge des in seiner Entstehung Bd. I S. 72 gekennzeichneten Prozeßrechts gewesen ist. Wenngleich das Rachegefühl an sich, wie besonders treffend Dühring (Kursus der Philosophie S. 228 ff.) betont hat, eine sehr berechtigte Empfindung und geradezu „das erste effektive Ankündigungs- und Erkenntnismittel des geschehenen Unrechts“ ist, so ist doch die individuelle Rache etwas sehr Rohes, und noch roher oft das Urteilsvermögen, welches den Affekt ins Spiel setzt. Erst indem im geregelten Prozeßverfahren eine parteilosere Auffassung des Einzelfalls neben das Rachegefühl tritt, die sich ursprünglich lediglich bemühte, die Parteien unter Berichtigung ihrer Einsicht über die Entstehung der Verletzung (auch in subjektiver Hinsicht) zu versöhnen (Bd. I S. 251), gelangte man zu einer Unterscheidung der Schuldarten und schließlich selbst innerhalb des unwissentlichen Verschuldens zu einer feinfühligen Abstufung.

Vgl. v. Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867.

§ 89. Dolus.

I. Die älteste Bedeutung des Wortes dolus ist List (δολος) und schließt keine unbedingt sittliche Mißbilligung ein; man unterschied dolus bonus (erlaubte List) und dolus malus (unredliche List); letztere

in rechtlicher Auffassung wurde anfänglich als fraus (Betrug) bezeichnet. (Vgl. Heumann, Handlexikon, 9. Aufl. von Seckel). Die Juristen der späteren Zeit denken beim Gebrauch des Wortes dolus jedoch ausschließlich an dolus malus, auch wenn sie das Adjektiv nicht hinzusetzen.

Die technische Bedeutung des dolus hat bei ihnen eine dreifache Richtung.

a) Im weitesten Sinne kennzeichnet das Wort jedes wissentliche Unrecht, sei es auf dem Gebiete des außerkontraktlichen (deliktischen) oder auch des kontraktlichen Verhaltens. Die moralische Verwerflichkeit dieses dolus zog im Falle der Verurteilung die Wirkung der Infamie nach sich. (Eine Ausnahme machten nur solche Fälle, in denen die bewußte Schädigung auf einen moralisch tadellosen oder wenigstens entschuldbaren Beweggrund z. B. auf Mitleid oder verzeihliche Schwäche und Furcht zurückgeführt werden konnte).

b) Im Prozesse galt als dolus (exceptio doli generalis) jegliches schikanöse Verhalten, insbesondere auch die Berufung auf einen Rechtssatz, der im besonderen Falle ungerecht erschien oder vom sittlichen Volksurteil bereits überwunden war.

c) In der actio doli specialis (bzw. exceptio doli specialis) hat dolus die Bedeutung des Betrugs im engeren Sinne d. h. der wissentlichen Erregung oder Benutzung eines fremden Irrtums (mit Einschluß des Nichtwissens) zum Zwecke der Schadenszufügung.

II. Im Kontraktsrecht (Verkehrsdolus) ist zu unterscheiden 1. die Bedeutung des dolus bei der Eingehung, beim Abschluß eines Kontrakts. Diese ist abhängig von der Natur des Kontraktes. Die Forderungen der Ehrlichkeit und demgemäß die Abgrenzungen des dolus sind durchaus verschieden, je nachdem der Kontrakt ein beiderseits egoistisches oder aber ein einerseits oder auch beiderseits altruistisches Interesse einschließt. Daher bestimmt sich der Vertragsdolus beim Mandat, bei der Sozietät anders als beim Kauf, als bei der Miete. Beim Kauf z. B. ist eine gegenseitige Uebervorteilung im Preise durch bloße (rhetorische) Anpreisung gestattet, beim Mandat kennzeichnet sich dagegen jedes auf Uebervorteilung des Mandanten abzielende Verhalten des Mandatars, auch ohne positive Lügen, als Vertrauensbruch, also als dolus.

2. Im bestehenden Vertragsverhältnis läßt sich jede absichtliche Verletzung einer übernommenen Verbindlichkeit als

dolus bezeichnen. Dolus bildet hier das Mindestmaß der zu vermeidenden Verschuldung, — für dolus gibt es keinen Freibrief.

Die vorstehende römisch-rechtliche Auffassung des dolus wird auch durch die Verschiedenheit der Rechtsbehelfe bestätigt, welche zur Geltendmachung eines Schadens durch dolus dienen können. Bei den stricti juris Obligationen konnte der Geschädigte immer nur die subsidiäre actio de dolo anstellen. (Nur wenn einer Stipulation eine besondere clausula de dolo beigefügt war, konnte man direkt ex stipulatu klagen). Anders bei den bonae fidei-Kontrakten: hier wird aus dem dolus die Kontraktsklage gegeben, womit ausgedrückt ist, daß der dolus einen Widerspruch, einen Vorstoß gegen das Grundprinzip dieser Verträge, eine Verletzung der bona fides enthält. Die Kontraktsklage geht auf das Interesse, und dieses kann je nach der Wahl des Klägers in der Aufhebung des ganzen Vertrages oder in Schadensersatz bestehen.

Quellenstellen: Vgl. zu I, 1 L. 1 § 2 D. h. t. 4, 3: Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. L. 7 § 7 eod.: Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia in factum actionem dari deberi.

L. 16 § 4 D. de min. 4, 4: Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Dagegen l. 13 § 4 D. 19, 1: Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de arteficio mentitus est aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut praestaret emptori, quanti pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo arteficio instructus.

Bei beiderseitigem dolus vgl. l. 36 D. de dolo 4, 3: Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.

Schriften: Vgl. eingehender Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB. I § 19 (S. 434—447). v. Ihering, Vermischte Schriften, S. 241 ff.

§ 90. Culpa im engeren Sinne. (Die Fahrlässigkeit und ihre Grade).

Culpa i. e. S. ist Verschuldung ohne Absicht, Zurechenbarkeit einer Handlung (eines Tuns oder Unterlassens) zur Nachlässigkeit. Die Schuld liegt hier nicht in der verwerflichen Richtung des Willens, sondern in der ungenügenden Anspannung der Willenskraft oder auch des Denkens. Wie beim dolus, so ist auch bei der culpa zu

unterscheiden zwischen ihrer Bedeutung beim Abschluß von Rechtsgeschäften und in bestehenden Rechtsverhältnissen.

I. Eine Fahrlässigkeit beim Abschluß von Kontrakten (culpa in contrahendo) kann darin zu befinden sein, daß jemand eine Verbindlichkeit übernimmt, der er nicht gewachsen ist. Die bloß subjektive Unfähigkeit entschuldigt ihn nicht.

II. In bestehenden Kontraktsverhältnissen unterscheidet man Arten und Grade der culpa nach folgenden Grundsätzen:

1. Als Arten der culpa kommen in Betracht die culpa in faciendo und culpa in non faciendo.

a) Culpa in faciendo besteht in einem positiven Handeln, wodurch die Erfüllung der Verbindlichkeit (im Rechtssinne) unmöglich gemacht und der Vertragsgegner geschädigt wird, z. B. durch eine Beschädigung des Vertragsgegenstandes. (Beispiel: Der Mieter beschädigt das Mietobjekt durch positive rechtswidrige Handlungen). Die Haftung für diese Art der culpa ist nicht auf das Kontraktsrecht beschränkt, culpa in faciendo verpflichtet auch außerhalb kontraktlicher Beziehungen, sofern sie in Sachbeschädigungen besteht. (Vgl. S. 328 oben). Man nennt diese Art der culpa daher auch die Aquilische culpa. (Der allgemeine Rechtsgrund der außerkontraktlichen Aquilischen culpa liegt in dem Satze: culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti, l. 36 D. de regulis juris 50, 17).

b) Culpa in non faciendo ist Unterlassen der erforderlichen Sorgfalt in Erfüllung einer kontraktlichen Verbindlichkeit. Die Verpflichtung zur Vermeidung dieser culpa wird als diligentia bezeichnet. Als diligentia in bestimmter Richtung, nämlich als Sicherung der Sache gegen faktische und juristische Entziehung (Diebstahl und Usucapion) wird die custodia hervorgehoben. Die Juristen gebrauchen den Ausdruck: culpam praestare und diligentiam (custodiam) praestare.

III. Grade der culpa: Eine Graduierung der culpa kommt ausschließlich bei der culpa in non faciendo in Frage. (In lege Aquilia et levissima culpa venit.) Man unterscheidet aber auch hier zwei Arten der culpa, nämlich: die sogenannte abstrakte (objektive) culpa und die konkrete (subjektive, individuelle) culpa.

1. Abstrakte culpa: Die römischen Juristen haben, anscheinend von dem Bedürfnisse einer objektiven Bürgschaft für die Unparteilichkeit der Rechtsprechung geleitet, nach allgemeinen Formeln gestrebt, welche den Dienst objektiv begrifflicher Maßstäbe verrichten sollten, und zwar durch Konstruktion zweier

kollektiver Durchschnittstypen, nämlich desjenigen der Sorgfalt des Idealbildes eines sorgfältigen pflichtgetreuen Mannes, des sogenannten diligens pater familias (bzw. homo frugi et diligens) einerseits und anderseits derjenigen eines gewöhnlichen Menschen.

a) Ein Verstoß gegen das (hypothetische) Verhalten des diligens p. f. wird als culpa levis, als leichtes Verschulden bzw. geringes Versehen bezeichnet. (Maßgebend ist im einzelnen Falle die Frage, wie ein Mensch, der nach der herrschenden sittlichen Anschauung, der Verkehrsanschauung das Prädikat eines sorgfältigen Menschen verdient, sich benommen haben würde).

b) Vernachlässigung der Sorgfalt eines jeden gewöhnlichen Menschen wird als culpa lata bezeichnet, auch als nimia neglegentia, — grobe Fahrlässigkeit, welche tadelnswerter ist, als bloße Unterlassung geschäftstreuer Sorgfalt.

Beide Maßstäbe sind objektiv und abstrakt insofern, als die Person, um deren Schuldfrage es sich handelt, sich nicht darauf berufen darf, daß sie nicht dem verkehrsüblichen Ideale eines sorgfältigen p. f. entspreche oder gar, daß eine von der Sorgfalt des gewöhnlichen Menschen abweichende außergewöhnliche Zerstreutheit und Nachlässigkeit zu ihrem individuellen Charakter gehöre. In beiden Fällen wird nicht nur ein bestimmtes Maß von Willensanspannung, sondern auch von Kenntnissen vorausgesetzt, und auch derjenige, der sich einer Leistung unterzieht, die besondere Sachkenntnis voraussetzt, kann sich nicht mit dem Mangel dieser Sachkenntnis entschuldigen; imperitia culpae adnumeratur (l. 9 § 5 D. loc. 19, 2); ein sorgfältiger Mensch soll sich eben keiner Aufgabe unterziehen, für die ihm die nötige Sachkenntnis abgeht.

2. Konkrete culpa: Vorstehenden beiden objektiven (aus einer Kollektivanschauung geschöpften) Maßstäben stellten die römischen Juristen den individuellen Maßstab als diligentia, quam in suis rebus (sc. adhibere solet) entgegen; die ihrer Verletzung entsprechende culpa ist die sogenannte culpa in concreto. Es liegt auf der Hand, daß dieser Maßstab regelmäßig eine Milderung der Haftung bedeutet. Diese Milderung erstreckt sich aber nicht soweit, daß damit selbst eine culpa lata, eine grobe Fahrlässigkeit entschuldigt würde, und umgekehrt hat derjenige, der in einem Obligationsverhältnisse nur für culpa lata zu haften braucht, stets die diligentia quam in suis rebus zu vertreten. Denn es würde für ihn einen sittlichen Vorwurf begründen, wollte er in fremden Angelegenheiten diejenige

Sorgfalt außer acht lassen, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

IV. Was die Anwendung dieser drei Maßstäbe der culpa, der culpa lata, levis und in concreto auf das Obligationenrecht betrifft, so hat v. Ihering (Schuldmoment S. 53) zuerst darauf aufmerksam gemacht, daß das Interesse (die utilitas) des Vertrages für die Parteien den leitenden Gesichtspunkt bildet. Wer bei einem Schuldverhältnisse ein eigenes Interesse hat, haftet für den höchsten Grad der Sorgfalt, also für culpa levis; wer dagegen nur das Interesse eines anderen fördert, einem anderen eine Gefälligkeit erweist, haftet in der Regel nur für gewöhnliche Sorgfalt, culpa lata. Hiernach würde sich die culpa levis im allgemeinen auf die egoistischen, entgeltlichen, sogenannte Geschäftsverträge, dagegen die culpa lata auf die unentgeltlichen, liberalen, sogenannten Gefälligkeits- oder Freundschaftsverträge beschränken. Zu den Geschäftsverträgen gehören Kauf- und Tauschvertrag, Miete, Pfandvertrag (der Gläubiger hat das Interesse der Sicherung, der Schuldner das Interesse, gegen diese Sicherheit Kredit zu erhalten), Dienstmiete, Werkvertrag (locatio conductio operarum bzw. operis).

Ein Typus der Gefälligkeitsverträge, bei dem die von v. Ihering aufgewiesene Regel zur Anwendung kommt, ist der Hinterlegungsvertrag (depositum) einerseits und andrerseits der Leihvertrag (commodatum), dem sich alle unbestimmten Verträge auf Hingabe einer Sache, bei denen die Hingabe ausschließlich im Interesse des Empfängers liegt, anreihen. Hier haftet nur der eine Teil, in dessen Interesse der Vertrag geschlossen ist, für culpa levis, der andere nur für culpa lata.

Diese Regel wird jedoch sowohl bei Gefälligkeitsverträgen, wie bei Geschäftsverträgen durch vielfache auf andere Gesichtspunkte zurückzuführende Ausnahmen unterbrochen:

1. Ausnahmsweise tritt eine strengere Haftung ein: So zunächst in allen Fällen unentgeltlicher Stellvertretung, insbesondere beim Mandat (Auftrag) und bei der negotiorum gestio (Geschäftsführung). Das Motiv der strengeren Haftung (für culpa levis) liegt hier in dem überwiegenden Interesse des Vertretenen an einer sorgfältigen Wahrnehmung seiner Angelegenheiten; es ist eine sittliche Forderung, daß der, welcher sich freiwillig zu diesen Vertrauensstellungen erbietet oder sich in fremde Geschäftskreise einmischt, dies auch mit voller Pflichtanspannung tue. Aus demselben Grunde haftet auch

bei allen anderen Gefälligkeitsverträgen, auch beim depositum der, welcher sich zur Uebernahme des Geschäftes freiwillig erbietet, aufdrängt, für culpa levis.

2. Ausnahmsweise wird ein niederer Grad der Haftung gefordert, nämlich beim precarium und beim Vertrage mit dem agrimensor (dem Feldmesser). Der Prekarist haftet nur für culpa, obwohl er ausschließlich ebenso den Vorteil aus dem Verhältnisse hat, wie der Kommodatar, der doch für culpa levis haftet. Und ebenso haftet auch der Feldmesser (agrimensor) nur für culpa lata, wenn er auch eine Vergütung (honorarium) bezieht. In diesen beiden Fällen waren die Gründe der geringeren Haftung von zufällig historischem Charakter; das precarium war ursprünglich ein rein sachenrechtliches Verhältnis, bei dem die Grundsätze des Obligationenrechts nicht zur Anwendung kamen, und die Leistungen des agrimensor wurden wie alle Dienste wissenschaftlicher und künstlerischer Art im Altertum als liberale, nicht um des Gewinnes willen gewährte Leistungen betrachtet.

3. Bei solchen Obligationen, die ein gewisses näheres persönliches Verhältnis voraussetzen, nämlich bei der Sozietät, Vormundschaft, auch beim Dotalverhältnis wird diligentia, quam in suis rebus, gefordert.

Wenn die römischen Juristen die (oben gegebene Regel) nicht ausnahmslos durchführten, sondern sie zugunsten anderer Rücksichten modifizierten, und wenn das Gesamtfachwerk der sich gegenseitig kreuzenden und beschränkenden Regeln einen etwas komplizierten Eindruck macht, so ist das eben nur ein Beweis dafür, wie hoch sie ihre Aufgabe gegriffen, und wie wenig sie geglaubt haben, mit einer einzigen kahlen Formel der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse gerecht werden zu können. In der Gestalt, die sie dieser Lehre gegeben haben, schmiegt sie sich den verschiedenen Verhältnissen aufs engste an; jedes findet darin die volle Berücksichtigung seines eigentümlichen Zweckes und Charakters, ohne daß doch die prinzipmäßige Gestaltung und Gliederung des Ganzen darunter gelitten hätte.

Quellenstellen: Zu I: L. 6 § 7 D. de off. praesidis 1, 18: Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet — L. 9 § 5 D. locati conducti 19, 2: Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro 8 digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit. — L. 1 § 2 D. de aed. ed. 21, 2: — — potuit

enim nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris vel calliditate. — L. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1: Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit, ne deciperetur. (Sogenanntes negatives Vertragsinteresse).

Zu II: L. 13 § 5 D. loc. 19, 2: Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat. tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio. — L. 27 § 29 D. ad leg. Aqu. 9, 2: Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni injuria tenetur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus: ed ideo plerumque artifices convenire solent, cum ejusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.

Zu III: L. 12 D. de periculo 18, 6: Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit, quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. — L. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16: Lata culpa est nimia negligentia id est non intelligere, quod omnes intelligunt. — L. 32 D. depositi 13, 3: (Celsus) Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam et si quis non ad eum modum, quem natura hominum desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem quam in suis rebus diligentiam praestabit.

Zu IV: L. 23 D. de R. J. 50, 17: Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta; in his quidem et diligentiam; societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. — L. 5 § 2 D. commod. 13, 6: Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito; nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas versatur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur,

et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. — L. 18 pr. eodem: In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas; sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita fiat culpae aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet. — L. 17 § 2 D. de praescript. verb. 19, 5: . . . Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

Haftung für fremde culpa: Bis zu einem gewissen Grade kannte auch das römische Recht, so streng es auch am Prinzip persönlicher Verschuldung festhielt, eine Haftung für fremde culpa. a) Hat jemand eine Leistung dem Sinne des Vertrages nach selber zu beschaffen, so geschieht jede Substitution auf eigene Gefahr. (L. 8 § 4 D. mandati 17, 1). b) Darf der Schuldner oder soll er gar nach dem Sinne des Vertrages die Leistung einem anderen übertragen, oder setzt diese die notwendige Mitwirkung anderer voraus, so haftet er nur für sorgfältige Auswahl und Beaufsichtigung der anderen, culpa in eligendo et custodiendo (L. 25 § 7 D. loc. 19, 2). c) Eine noch weitergehende Haftung für fremde culpa galt, wenn es sich um eine schlechthin auf Sachleistung (dare) gerichtete Obligation handelte. Hier erstreckte sich die Haftung des Schuldners auch auf außerkontraktliche Handlungen seiner Gehilfen, seines Gesindes, überhaupt aller Personen, die seiner Aufsicht unterstehen, sofern ihm eine allgemeine culpa in eligendo et custodiendo nachgewiesen ist. L. 11 pr. D. loc. 19, 2: — placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit, praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites.

Ereignisse, die nicht auf eine culpa zurückzuführen sind, werden als casus (Zufall) bezeichnet. Nur ausnahmsweise haftet ein Schuldner auch für casus (periculum). Vgl. z. B. S. 336 oben. Wo der kasuelle Charakter eines Unfalls prima facie evident ist, spricht man von vis major. Vgl. hierüber des Näheren Kuhlenbeck, Von d. Pand. z. BGB. II § 11 (S. 69—94).

Schriften: Hasse, Die culpa des röm. Rechts. 2. Aufl. 1838. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. I—III, 1855. Chironi, La culpa nel diritto civile odierno. 1884, 1887. Melliger, Culpa in contrahendo. 2. Aufl. 1898. Engelmann, Custodiae praestatio 1887.

Im BGB. vgl. §§ 276, 277. (Es ist einer der wenigen glücklichen Gedanken des BGB. die Sorgfalt „des ordentlichen Hausvaters“ durch die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ ersetzt zu haben). Vgl. auch §§ 278, 831, 832, 840. Im Schweiz. OblR. Art. 23, 50, 113—115.

§ 91. Mora (Verzug).

I. Schuldnerverzug. Einen Sonderfall des kontraktlichen Verschuldens bildet der Verzug des Schuldners (mora solvendi sive debitoris) d. h. die nicht rechtzeitige Erfüllung einer Leistung. Besondere Grundsätze über den Schuldnerverzug sind zuerst an der obligatio stricti juris in die Erscheinung getreten; ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet war die auf „dare“ einer species gerichtete Schuld. Die bloße Nichterfüllung dieses dare hatte jedoch noch keine Rechtsfolge, es mußte ein „Protest“, eine solenne öffentliche Konstatierung der mora durch interpellatio des Gläubigers hinzukommen; diese interpellatio war keine bloße Mahnung, sondern hatte eine ähnliche formale Bedeutung, wie z. B. die denuntiatio im Eviktionsprozeß, der moderne Wechselprotest. Darum mußte sie in Form einer sogenannten testatio selbst dann erfolgen, wenn der Schuldner abwesend war, wo doch die Aufforderung zur Zahlung gar keinen Sinn hatte; sie konnte sogar vom negotiorum gestor vorgenommen werden, der gar nicht zur Klaganstellung berechtigt ist. Der Gesichtspunkt, von dem aus das ältere Recht den Verzug behandelte, war der einer abstrakten culpa. — Das spätere Recht brachte aber auch hier seine individualisierende Tendenz zur Geltung (vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts II S. 78); es verlangte, daß in jedem einzelnen Falle untersucht werde, ob wirklich eine verschuldete Verzögerung der Erfüllung vorliege. Diese nunmehr eingeführte individualisierende Behandlung der mora erschien den römischen Juristen mehr als Sache des praktisch-juristischen Taktes, denn der wissenschaftlichen „Definition“. Im einzelnen heben die Pandekten jetzt als subjektive Voraussetzung des Schuldnerverzugs hervor: a) Der Schuldner muß gewußt haben, daß er leisten muß. Berechtigte Zweifel am Bestehen der Schuld entschuldigen die Verzögerung der Erfüllung, so z. B. beim Erben, der die Schuld nicht kennt, aber auch beim ursprünglichen Schuldner, wenn die Höhe der Schuld aus objektiven Gründen noch zweifelhaft ist. b) Der Schuldner kommt auch nicht in Verzug bei sonst objektiv gerechtfertigtem Aufschub, z. B. um Zeugen hinzuzuziehen (s. l. 21

D. h. t. S. 360 unten); überhaupt ist ihm nach den Umständen des einzelnen Falles d. h. nach der Verkehrssitte mit Rücksicht auf Treu und Glauben ein modicum tempus, eine anständig bemessene Zeit zur Erfüllung zu bewilligen (non statim cum sacco adire debet, l. 105 D. de sol. 46, 3). c) Jedenfalls berechtigen rein zufällige Ereignisse, z. B. feindliche Okkupation, Ueberschwemmung, Krankheit, notwendige Abwesenheit einen Aufschub.

Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs sind: 1. Uebergang der Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache (S. 356 oben), sogenannte perpetuatio obligationis. Die klassische Jurisprudenz milderte aber die ursprünglich strengere Handhabung dieses Grundsatzes dahin, daß der Schuldner frei wird, wenn er nachweist, daß der casus auch bei dem Gläubiger eingetreten sein würde.

2. Hat der Schuldner vor Eintritt des Verzugs für einen geringeren Grad der Sorgfalt (für bloßen dolus und lata culpa, S. 350, 352, 354 oben) gehaftet, so haftet er jetzt für omnis culpa.

3. Der Schuldner ist verpflichtet, den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen d. h. zur Leistung des „Interesses“; dieses Interesse kann für den Gläubiger auch den Rücktritt vom Vertrage zulässig erscheinen lassen. Zum Interesse gehören bei Geldschulden namentlich die sogenannten Verzugszinsen. (Uebrigens tritt die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen in gewissen Fällen auch ohne subjektive mora als gesetzliche oder vertragsmäßige Folge der Nichterfüllung ein, vgl. l. 10 Cod. 4, 49 unten).

4. Ausnahmsweise tritt mora auch ohne Interpellation ein (mora ex re) bzw. lex interpellat pro homine, so insbesondere gegenüber dem, der durch Delikt (Diebstahl oder Gewalt) in den Besitz einer Sache gelangt ist.

Eine berühmte Streitfrage des gemeinen Rechts bildete der von den Glossatoren formulierte Satz: dies interpellat pro homine. Man behauptete damit allgemein, daß eine Mahnung (Interpellation) nicht erforderlich sei, wenn ein bestimmter Zahlungstermin vereinbart ist. Man hat aber nach römischem Recht zu unterscheiden, ob die bestimmte Lieferungszeit im Sinne einer Kontraktsbedingung oder nur als Beginn der Fälligkeit vereinbart ist. Es gibt nämlich Leistungen, für welche der bestimmte Zeitpunkt einen wesentlichen Faktor der Leistung selbst bietet, sogenannte Fixgeschäfte, bei denen die Leistung nur in dem vereinbarten Zeitpunkt oder wenigstens innerhalb des bestimmten Zeitraums einen

Wert hat. (Beispiel: Wagenmiete zu einer bestimmten Ausfahrt). Wie eine Leistung durch ihre räumliche Beziehung individualisiert sein kann (räumlicher Koeffizient der Leistung), so kann sie auch durch diese zeitliche Bestimmung (den zeitlichen Koeffizienten der Leistung) individualisiert sein. Für diese Leistungen bedurfte es schon nach römischem Recht zweifellos keiner Interpellation.

Dagegen ist die Ausdehnung des Satzes auch auf solche Zeitbestimmungen, die lediglich den Anfangspunkt der Fälligkeit bezeichnen, erst durch die gemeinrechtliche Praxis Rechtens geworden.

II. Gläubigerverzug (mora creditoris sc. solvendi, accipiendi) entsteht dadurch, daß der Empfang einer Leistung vom Gläubiger ohne besonderen vorübergehenden Entschuldigungsgrund verweigert oder vereitelt wird, während von seiten des Schuldners diese Leistung ihm in quali et quanto so angeboten wurde, wie der Gläubiger sie zu fordern hatte. Regelmäßig bedarf es eines tatsächlichen Angebots (Realoblation); die bloß mündliche Erklärung, erfüllen zu wollen (Verbaloblation) genügt jedoch, wenn der Gläubiger im voraus schon erklärt hat, nicht annehmen zu wollen, oder wenn er vertragsmäßig noch nähere Bestimmungen über die Ausführung der Leistung zu geben hat und dies unterläßt (z. B. im Falle des sogenannten Spezifikationskaufs). Die Wirkung des Gläubigerverzugs besteht darin, daß der Schuldner fortan nur noch für dolus und culpa haftet und die Sache auf Kosten des Gläubigers hinterlegen kann; unter Umständen darf er sogar, wenn dies nicht frivol erscheint, nach vorgängiger Androhung sich des Objekts einfach entledigen, z. B. Wein, wenn er die Fässer notwendig braucht, verschütten.

III. Durch nachträgliches Erbieten des säumigen Schuldners zu gehöriger Leistung oder des Gläubigers zur Annahme nebst Ersatz des dem Gegner bis dahin durch die mora solvendi bzw. accipiendi verursachten Schadens können die Nachteile der mora für die Zukunft aufgehoben werden. (Emendatio oder purgatio morae).

Quellenstellen: Zu I: L. 114 D. de v. o. 45, 1: Si fundum certo die praestare stipulor et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit moram facti (factam?) non esse. L. 32 D. pr. h. t. 22, 1: Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicum examinabitur. Nam ut Pomponius libro XII epistolarum scripsit, difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Fullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum

magis, facti quam juris sit. — L. 88 D. de R. J. 50, 17: Nulla intelligitur mora fieri ibi, ubi nulla petitio est. — L. 2 D. de n. f. 22, 2: Labeo ait, si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari — possit, id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet. L. 21 D. h. t.: Sciendum est non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum: quid enim si amicos adhibendos debitor requirat vel expediendi debiti vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur. L. 22 eod.: si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur. L. 91 § 3 D. de v. o. 45, 1: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo plerumque perniciose erratur sub auctoritate juris scientiae. Zu I, 2: L. 15 § 3 D. de reiv. 6, 1: Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus.

Zu I, 3: L. 8 § 1 D. de cond. furt. 13, 1: Semper enim moram fur facere videtur. L. 1 § 35 D. de vi 43, 16: Denique scribit Julianus eum, qui vi dejecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, proprius esse, ut etiam sine culpa ejus mortuis hominibus aestimationem eorum per interdictum restituere debeat, sicuti fur hominis etiam mortuo eo teneatur. huic consequens esse ait, ut villae quoque et aedium incendio consumptarum pretium restituere cogatur: ubi enim quis, inquit, dejecit, per eum stetisse videtur, quominus restitueret. — L. 10 C. de act. empti vend. 4, 49: Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes. — L. 12 Cod. de contr. et comm. stip. 8, 38: — — quodsi statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime se posse debitor ad evitandam poenam adjicere, quod nullus eum admonuit. — — eum quae promisit, ipse in memoria servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere. c. 4 Extra, locati 3, 18: cum in hoc casu dies statuta pro domino interpellat.

Zu II. L. 1 § 3 D. de periculo 18, 6: Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur: si tamen, cum posset effundere, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere . . . commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur aut vendere vinum bona fide (Selbsthülfeverkauf). Vgl. deutsches HGB. § 379.

Schriften: Madai, Die Lehre von der mora, 1837. Kniep, Die mora des Schuldners, 1871 ff. Wolf, Zur Lehre von der mora, 1841. Mommsen, Beitr. z. Obl.-Recht III (1871). Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884.

Im BGB. vgl. §§ 284, 286, 287, 293. Im Schweiz. Obl.-R. Art. 86 ff., 106, 111.

Kapitel VIII.
Das Pfandrecht.

§ 92. **Begriff, Entwicklung und Arten des Pfandrechts.**

Das Pfandrecht hat, wie die Bürgschaft (S. 297 f. oben), lediglich den Zweck, einen Gläubiger wegen seiner Forderung gegen die Gefahr der Insolvenz des Schuldners zu sichern. Bei der Bürgschaft wird dieser Zweck durch (eventuelle) Mitverpflichtung einer andern Person neben dem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, erreicht. (Personalkredit). Mit der Abschwächung der Personalexekution (I S. 117 f., 262 f.) steigerte sich das Bedürfnis, anstatt dieser persönlichen Sicherstellung eine dingliche Sicherheit zu beschaffen (Realkredit). Das Pfandrecht erfüllt diesen Zweck durch eventuelle Anweisung des Gläubigers auf den Vermögenswert einer Sache. In der geschichtlichen Entwicklung dieses Gedankens innerhalb des römischen Rechts lassen sich drei Stadien unterscheiden:

1. Eigentumspfand oder fiducia: Die älteste Form, in der die Römer den Gedanken des Pfandrechts verwirklichten, war eine die fiduziarische Eigentumsübertragung an den Gläubiger; eine Sache wurde ihm gegen das Versprechen zu Eigentum übertragen, sie wieder zurückzuübertragen, sobald die Schuld bezahlt werde. Das Rechtsgeschäft, das sich im alten Zivilrecht dafür darbot, war die Manzipation oder in jure cessio des Gegenstandes, mit der jene Vereinbarung (der remancipatio) wirksam verbunden werden konnte (fiduciam contrahere cum creditore, zu unterscheiden von der dem Stellvertretungsgedanken dienenden fiducia cum amico, S. 60 oben). Eine Besitzübertragung war nicht erforderlich. Behielt der Schuldner den Besitz ohne weiteren Vorbehalt, so erlangte er in Jahresfrist das Eigentum wieder, auch wenn ihm nicht remanzipiert wurde (usureceptio ex fiducia). Die usureceptio ließ sich abwenden dadurch, daß der Gläubiger dem Schuldner den Besitz der Sache bloß precario oder unter Vereinbarung eines sonstigen bloße Detention gewährenden Rechtsgeschäfts z. B. Miete, Leihe, Verwahrung beließ (S. 243 oben). Ursprünglich war der auf remancipatio gerichtete Nebenvertrag nicht klagbar; seine Wirksamkeit beruhte lediglich auf der fides des Gegners, bzw. auf der Furcht desselben vor der im Fall der Wortbrüchigkeit eintretenden Infamie; das Recht gab

aus derselben keine Klage (vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts III § 46 S. 531, Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 29—36).

Im späteren Recht, nach Anerkennung der bonae fidei negotia überhaupt, erhielt aber der Schuldner die actio fiduciae, wenn er das Pfand durch Zahlung löste; bis zur Zahlung hatte der Gläubiger, als Eigentümer das Recht, die Sache zu verkaufen, ein Recht, das ihm auch durch eine entgegengesetzte Vereinbarung (ut fiduciam sibi vendere non liceat) nicht entzogen werden konnte. Durch Verkauf wurde die fiducia getilgt; der Verpfänder konnte jetzt die fiduciae actio nur noch auf den Ueberschuß des von dem Gläubiger erhaltenen Kaufpreises anstellen. Auch ohne Verkauf konnte die actio fiduciae wegfallen, wenn die Verabredung getroffen war, daß dem Gläubiger, falls er nicht innerhalb der gesetzten Frist befriedigt werden würde, das Pfand für seine Forderung schlechthin verfallen sollte. Diese Vereinbarung hieß lex commissoria. Das „Pfandrecht" konnte somit damals einen doppelten Inhalt haben, nämlich das Recht des Verkaufs, das schon in der Eigentumsübertragung lag, und das des Verfalls, welches durch Vertrag (lex commissoria) hineingelegt werden konnte. Genau genommen war damals das Pfandrecht kein besonderes Recht, sondern Eigentum, beschränkt durch das Recht des Schuldners, die Sache zu lösen. Als Rechtsgeschäft juris civilis — es gab keine bloße traditio fiduciae causa — war diese Form der Pfandbestellung auf römische Bürger beschränkt. Sie ist daher im Justinianischen Recht längst verschwunden. — Schon Konstantin hat übrigens die lex commissoria bei jeder Art der Verpfändung, nicht bloß bei der fiducia, sondern auch den folgenden Formen verboten und für unwirksam erklärt.

2. Das pignus oder Besitzpfand: Dieses bestand lediglich in der Besitzübertragung mit der Wirkung, daß der Gläubiger dem Schuldner den Besitz und gemäß des Gegenstandes solange vorenthalten konnte, bis die Schuld gezahlt, das Pfand gelöst wurde. Der contractus pigneraticius war ein Realvertrag. Vgl. § 79 oben, S. 311. Das pignus hatte ursprünglich nur die Bedeutung eines indirekten Zwangsmittels, der Gläubiger hatte ursprünglich kein Verkaufsrecht. Es konnte aber ausdrücklich ein Verkaufsrecht zum Zwecke der Befriedigung vereinbart werden (pactum de distrahendo). Mit der Zeit wurde diese Vereinbarung so sehr üblich, daß die

Rechtsprechung sie als „stillschweigend" gewollt unterstellte d. h. sie vom sogenannten accidentale negotii zum naturale negotii erhob. Diese Entwicklung endete damit, daß schließlich sogar das Verkaufsrecht als wesentliches Begriffsmoment (essentiale negotii) des Faustpfandvertrags anerkannt wurde, so daß beim Ausschluß des Verkaufsrechts ein pignus nicht mehr angenommen wurde. Dieser letzte Schritt hing aber damit zusammen, daß inzwischen auch noch eine dritte und zwar durch keine Besitzübertragung bedingte Form des Pfandrechts zur Geltung kam, nämlich:

3. die Hypothek des römischen Rechts. Schon zu Catos Zeit galt als Gewohnheitsrecht, daß der Verpächter zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Pachtvertrag an den invecta, inducta, illata des Pächters ein Pfandrecht habe, zu dessen Durchführung gegen Widerstand ihm das interdictum Salvianum, ein interdictum adipiscendae possessionis (S. 254 oben) zu Gebote stand. Der Prätor Servius führte nun durch Edikt eine besondere formula für den Schutz des Verpächters aus diesem gesetzlichen Pfandrecht ein, und diese Serviana actio wurde dann als utilis bzw. quasi Serviana, hypothecaria actio auch auf andere durch Vertrag begründete Pfandrechte angewandt. So schuf das prätorische Recht neben dem pignus oder Besitzpfand auch noch ein allgemeines durch formlosen Vertrag (conventio de pignore) begründbares Pfandrecht, und zwar ein besonderes jus in re aliena (§ 69 oben), das sich definieren läßt als Anweisung auf den Geldwert einer Sache zwecks Befriedigung für eine Forderung oder als Recht des Gläubigers, sich für seine Forderung aus dem Erlöse des Verkaufs der Sache bezahlt zu machen.

Quellenstellen: Zu 1 vgl. Gajus II, 59, 60: .. qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usu capere, anno scilicet, etsi soli sit. quae species usu capionis dicitur usu receptio, quia id quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res aput eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit; nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret .. Paulus, S. R. II, 13: Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem. Quidquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit. Debitor creditori fiduciam vendere non potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori atque ita remancipatam sibi rem emptori

praestet ... Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda quae inpendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.

L. 3 Cod. de pact. pign. 8, 25 (Constantin.): Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri ..

Zu 2: L. 4 D. de pign. act. 13, 7 (Ulpian): Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor si distraherit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.

Zu 3: Cato de R. R. 146, 149: .. Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pignori sunto. Ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit, domini esto .... Donicum pecuniam satis fecerit aut delegarit, pecus et familia quae illic erit, pignori sunto. Cato de R. R. 146, 149.

§ 4 J. de interd. 4, 15: Interdictum ... Salvianum adipiscendae possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. § 7 J. de act. 4, 6: .. inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest: .. sed in aliis differentia est; nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus. Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori. Ulp. L. 17, D. de P. et H. 20, I. cf. Gai. L. 30, i. f. D. de noxal. action. 9, 4.

Schriften: Oertmann, Die fiducia, 1890. Manigk, Geschichte der römischen Hypothek, 1904. Ascoli, Le origine dell' ipoteca e l'interditto Salviano, 1887. Karlowa, Rechtsgeschichte II, 1278. Kuntze, Zur Geschichte des römischen Pfandrechts, 1893.

§ 93. Inhalt und Kritik des römischen Hypothekenrechts.

1. Das Hypothekenrecht führte zunächst zu einer bemerkenswerten Erweiterung des Kreises pfändbarer und also für den Realkredit ausnutzbarer Gegenstände. Nach dem neuen Pfandrecht konnte alles, was verkauft werden kann, als Sicherung einer Forderung dienen, quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest (l. 9 § 1 D. de pign. 20, 1), also nicht bloß Sachen (auch sogar künftig zu erwerbende), sondern auch Rechte, Forderungen, ja sogar wiederum Pfandrechte selbst (pignus pignori datum, subpignus, Afterpfand). Ja, der hypothekarische Vertrag konnte nicht nur über eine speziell bezeichnete Sache geschlossen werden (specialiter obligatum), sondern auch über eine universitas rerum und universitas juris, über ein ganzes Vermögen (generalis obligatio, Generalhypothek).

2. Sodann ergab sich jetzt die Möglichkeit einer Mehrheit von Pfandrechten an demselben Gegenstand. Wenn mehrere Pfandrechte an demselben Gegenstande zusammentreffen, so hat das früher entstandene den Vorzug vor dem älteren (Priorität). Der nachstehende Pfandgläubiger hat jedoch das jus offerendi pecuniae d. h. wenn er den vorstehenden befriedigt, so rückt er für die bezahlte Summe in dessen Stelle ein, wie wenn jener ihm freiwillig seine Forderung mit dem Pfandrecht zediert hätte; wegen seiner eigenen Forderung bleibt der Offerent an der bisherigen Stelle; er verbessert seine Lage nur durch den Vorteil, der ihm aus dem früheren oder späteren Verkauf des Pfandes erwachsen kann.

Schon Puchta (Institutionen II S. 250) hat die schweren Nachteile, die mit dieser scheinbaren Erleichterung des Realkredits verknüpft waren, treffend gekennzeichnet. Diese Nachteile lagen vor allem in der Formlosigkeit des Pfandvertrags und in der Einführung zahlreicher gesetzlicher Pfandrechte, die mit den vertragsmäßigen konkurrierten und zum Teil mit besonderen Vorzügen unter Durchbrechung des Grundsatzes der Priorität ausgestattet waren.

Da es im römischen Rechte an jeder Einrichtung fehlte, die Haftung einer Sache als Hypothek kundbar zu machen, — auch durch die Einführung eines sogenannten pignus publicum durch Kaiser Leo wurde diese Kundbarkeit nicht genügend erzielt, weil den Römern die Einrichtung öffentlicher Hypothekenbücher fehlte, — so ergab sich eine große Unsicherheit des Realkredits, die besonders in zahlreichen sogenannten Prioritätstreitigkeiten bei Konkursen zutage traten. Man kann daher das römische Pfandrecht nicht mit Unrecht als den praktisch mangelhaftesten Teil des ganzen Systems bezeichnen, und diese Erwägung rechtfertigt es, wenn wir hier von einer eingehenderen Darstellung seiner jetzt im wesentlichen nur noch antiquarisches Interesse beanspruchenden dogmatischen Gestaltung Abstand nehmen.

Schon frühzeitig schritten auch in Ländern des gemeinen Rechts die Gesetzgebungen zu einer Reform des Pfandrechts unter Anknüpfung an deutschrechtliche Grundsätze. Sie nahmen dabei vor allem die wichtige Unterscheidung eines Pfandrechts an unbeweglichen und beweglichen Gegenständen zum Ausgang. Das besitzlose Pfand, die Hypothek, wurde allgemein auf Grundstücke beschränkt. Nur bei diesen ermöglichte die Einführung der Hypothekenbücher oder Grund-

bücher eine Kundbarmachung des Pfandrechts ohne Besitzübertragung und seiner Rangordnung (Prinzip der Publizität). Die Generalhypothek wurde beseitigt (Prinzip der Spezialität). Bei beweglichen Sachen war eine genügende Kundbarmachung und Sicherung des Gläubigers nur durch Besitzübertragung erreichbar, weshalb in den Partikularrechten für solche Sachen das Faustpfand als allein zulässige Art des Pfandrechts zugelassen wurde. Bei Forderungen und Rechten erzielte man eine analoge Kündbarkeit des Rechts durch eine Art quasitraditio (Anzeige des Gläubigers an den Schuldner).

Auf dem Boden dieser deutsch-rechtlichen Entwicklung steht auch das BGB. sowie das Schweiz. Zivilgesetzbuch. Vgl. BGB. Buch III §§ 1113 ff., §§ 1204 ff. Schweiz. Zivilgesetzb. Art. 793 ff. (Grundpfand-Hypothek), §§ 884 ff. (Fahrnispfand, Faustpfand).

In der Verbindung mit dieser scharfen Trennung zwischen Grundpfand und Fahrnispfand vollzog sich schließlich noch eine besondere Umgestaltung des Hypothekenrechts durch Entwicklung einer abstrakten Verkehrshypothek. Während nämlich im römischen Pfandrecht der wirtschaftliche Zweck des Pfandes, die Sicherung einer Forderung auch die juristische Natur der Hypothek bestimmt, so daß das Bestehen und die Geltendmachung der Hypothek bedingt wird durch das Bestehen und die Geltendmachung der persönlichen Forderung, ist in den meisten modernen Hypothekengesetzen die Hypothek zu einem von der persönlichen Forderung ablösbaren selbständigen dinglichen Rechte erhoben worden. Zunächst ist freilich auch die moderne Hypothek ein durch die unterliegende causa hervorgerufenes, an sich von ihr abhängiges akzessorisches Recht; aber sie wird durch Loslösung von ihren ursprünglichen Subjekten geeignet, als selbständige „Realobligation“ fortzubestehen. Sie führt eine unabhängige Existenz, sobald in der Person des Grundeigentümers oder des Gläubigers eine Aenderung eintritt, ohne daß Gläubiger und Schuldner vom neuen eine materielle obligatorische Verpflichtung eingehen. Diese abstrakte Verkehrshypothek verdankt ihre Entstehung dem Streben des modernen Kapitalismus nach Mobilisierung der Grundwerte d. h. nach Erleichterung und Sicherung des Verkehrs mit den in Hypotheken angelegten Kapitalien. Sie ist eine Realanweisung auf den ganzen oder teilweisen Wert eines Grundstücks. Vgl. dazu v. Ihering, Geist des römischen Rechts IV S. 210 (Anm. 265 b).

Alphabetisches Sachregister.

Druckfehlerberichtigungen.

In Bd. I,	S. 80	Zeile	27	statt	Ancus	lies	Tullus,
	S. 123	„	18	„	181	„	287,
	„ „	„	25	„	229	„	339,
	S. 252	„	14	„	aute	„	ante,
	S. 264	„	1	„	die	„	der,
	S. 335	„	17	„	günstiger	„	ungünstiger.
In Bd. II,	S. 8	„	18	„	ecce	„	voce.
	S. 281	„	36	„	Privatrechts	„	Privatrache.